إيجار الرحم

دراسة مقارنة



دكتورة

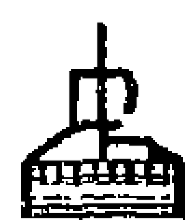
هيام اسماعيل السحماوى

دكتوراه في القانون والشريعة الاسلامية

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية



دار الجامعة الجديدة

دار الجامعة الجديدة للنشر 
٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩
E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com   info@darggalex.com

إيجار الرحم

دراسة مقارنة

دكتورة

هيـــام اســـماعيل الســحماوى

دكتوراه في القانون والشريعة الإسلامية

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

2013



دار الجامعة الجديدة

٣٨–٤٠ ش ســوتير – الأزاريطة – الإســكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الإِنسَانَ مِنْ سُلالَةٍ مِنْ طِينٍ ❖ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ❖ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَاماً فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْماً ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقاً آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾

(سورة المؤمنون – آية ١٢- ١٤)

إهداء

أهدى على استحياء هذا الكتاب المتواضع إلى:

- رسول الله صلى الله عليه، وسلم راجية من الله - عز وجل - أن أرافقه في الجنة.
- وإلى الذي زرع في قلبي العفو عند المقدرة، والطموح المشروع إلى والدي - أعزه الله - . وألبسه ثوب العافية والصحة في الدنيا والآخرة.
- وإلى أمي الحنون التي ما رأيت حب إمرأة وطاعتها لربها مثلها إلا في خيال سابق العهود، فورثت عنها أثمن وأغلى ما في الحياة.. ..

إليهما أهدى هذا العمل الوليد.. . برحيق الحلم.. وشذي العبير الموعود.. .

- وإلى إخوتي الذين شاركوا عنائي وتعبي ووقفوا بجانبي.
- وإلى زوجي الذي تمنى لي صلاح الحال، ودوام النجاح والتوفيق والرقي..
- وإلى أبنائي قرة عيني وفلذة كبدي، يمنى ويوسف ويارا الذين قاسموني خطواتي خطوة بخطوة على مدار هذه السنين وتعبوا معي، وضحوا بجزء من راحتهم للوقوف إلى جانبي داعين الله - عز وجل - بأن يوفقني، وإليهم أهدي أرقى ما خطته يداي حتى يومي هذا.
- وإلى الأزواج الذين يَتحدّون القدر وينظرون له من وراء الستار، ولا يرون الحقيقة واضحة بل يشوبها الضباب، أهدى لهم هذا العمل المتواضع لعله يكون المرشد ليكشف لهم الحقيقة، وهى أنهم لو علموا ما في الغيب لاختاروا الواقع.

مقدمة:

حمداً لك يا مولى النعم، وبارئ النسم، وإذعاناً لك من أمة أنعمت عليها بفيض جودك وعظيم إحسانك، فوالله لهذا العمل توفيق من عندك وليس تفوقا مني, فضعفت قواي, وعجز لساني عن واجب شكرك، فألتمس منك جميل الصفح ومغفرة الذنب ومعذرة التقصير, فوالله لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك وصلاة وسلاماً على خير خلقك وخاتم رُسلك، من أرسلته للناس كافة بشيراً ونذيراً، بلّغ الرسالة وأدى الأمانة، ونصح اللأمة وجاهد فى سبيل الله حتى أتاه اليقين، فاللهم صلى وسلم وبارك عليه وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

تكفلت الرسالات السماوية بتشريع يحفظ الأنساب, ويربط بين الفروع والأصول برباط قوى لا تكلف فيه ولا تصنع.. يلائم فطرة الله التي فطر الناس عليها من حب الوالدين لأولادهم علي وجه يحفظهم وقت الطفولة, ويرعاهم وقت الصبا ويربيهم أحسن تربية وبذلك ينشأ المجتمع القوي المتماسك يشد بعضه بعضاً وترفرف عليه راية المحبة فيرحم فيه الكبير الصغير ويوقر الصغير فيه الكبير، فالزواج كنظام إجتماعي مستقر يهدف إلى توجيه الحياة الجنسية الوجهة الاجتماعية, والتي تتمثل في إقامة الأسرة الشرعية وإنجاب الأطفال وتوثيق الروابط بين الزوجين, وهذا من شأنه منع إختلاط الأنساب وتجنب الفوضى الجنسية، وهذا ما دعت إليه شريعتنا السمحاء وآيات الذكر الحكيم.

فسبحانك ربى خلقت من كل شي زوجين: ذكراً وأنثى، فمن الإنسان زوجان، ومن الحيوان زوجان، فهم لإرادتك خاضعون، ولقدرتك مذعنون، كرمت الإنسان بالعقل وجعلته خليفة في الأرض، وأقمت له الحجج، وهديته النجدين، فلا معذرة له بعد اليوم إذا ضل طريق الخير وضل سواء السبيل وراء شهوة جامحة أو عقل طائش أو غريزة ثائرة أو عاطفة منحرفة, وأن خير نظام يحكم هذا الأمر ويحقق الغرض المقصود منه هو ما شرعه الله أحكم الحاكمين رب العالمين، فهو الخبير بطوايا النفوس، وما أودع فيها من غرائز وميول.

وهكذا أمر الخالق عباده بكل خير واجب أو مندوب، ووعدهم بالثواب على قليله وكثيره بقوله:

[فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ][1] ونهاهم عن كل شر محرم أو مكروه، وتوعدهم بالعقاب على محظور جليله وحقيره بقوله: [وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَهُ][2] وكذلك أمرهم جلب المصالح، ودرء المفاسد، إحساناً إليهم وإنعاماً عليهم، وعلي ذلك فالزواج والأسرة والبنوة من النظام العام. وحمايتهم أمر تقتضيه مصلحة المجتمع، والطبيب الجراح الذي يشارك في عمليات تأجير الأرحام يسأل جنائياً ومدنياً لمخالفة الفعل للنظام العام والآداب العامة.

إنطلاقا من مبدأ عصمة الجسد الإنساني تألفت العناصر المادية والمعنوية التي يتكون منها جسد الإنسان في صورته التي كرمه بها الله - عز وجل- وجعلها خارج نطاق دائرة المعاملات. بمعنى عدم إعتبار الجسد الإنساني مجرد كيان مادي صامت. بل هو وعاء للوظائف الحيوية المادية والمعنوية التي وهبها له الله- سبحانه وتعالى- .

ولكن ليس معنى ذلك أن الإسلام لا يحثنا على دراسة أية قضية، والتقصي عنها والبحث فيها، ضمن إطار حدود الشريعة الإسلامية والأصول الفقهية للتعامل مع كل ما هو جديد ومفيد للبشرية، ولعل هذا العصر الحديث قد أبدع لنا نموذجا هائلا من التطور الطبي وتحديداً في مجال الإخصاب العلمي والتقني.و لعل من أبرزه الإنجاب من خلال التعامل على الارحام الذي كان ينبغي أن يوجه تطبيقه على الحيوانات وليس على البشر، بالرغم مما صاحبها من مشكلات مازالت مطروحة بشدة علي المستوى القانوني.

ويقف إلى جانب هذا التطور وبقدر مستوى الخطورة والأهمية الأطفال الذين جاءوا من هذه الوسيلة. ومن هنا تمركزت الخطورة. وهذا أثر طبيعي من ضمن الآثار التي خلفتها، المستحدثات الطبية. فهناك ما هو إيجابي وآخر سلبي وهذا يتوقف على حسب كيفية استخدام المستحدث وتطويعه في خدمة البشرية. ولكن على الرغم من ذلك لابد من توفر مقتضيات قانونية مصاحبة لهذه التطورات. وهذا يرجع إلى أن أي تغيير نتيجة لأي تطور لابد من أن يصحبه تغيير في الظواهر الإجتماعية. وبالتالي لا يتصور وجود مجتمع منظم بغير قواعد سلوك تحكم حركته وعلاقاته مع الأفراد.

---

(١) الزلزلة: ٧.
(٢) الزلزلة ٨.

ولكن سرعان ما انقلبت الأوضاع بعد ظهور بعض من التطورات الطبية الحديثة. ولم يبق هذا المبدأ مطلقاً بصفة كاملة. إنما أصطدم بما أملته المستحدثات الطبية السريعة ، فتراجع المبدأ عن بعض إطلاقه ولكن نزولاً علي اعتبارات تمليها مصلحة الإنسان ذاته. وكذلك مصلحة الجماعة التي يعيش فيها ويتضامن مع أفرادها. وهو ما جعل مبدأ عدم الجواز المطلق للاتفاقات التي ترد علي جسم الإنسان محل جدل ومحل نظر.

ولا شك من ان هناك علاقة طردية فكلما كان المجتمع أكثر قابلية للتطور كان أقدرعلى الأرتقاء وعلي تحقيق رفاهية بنيه. وبالتالي كلما كان أدعى إلى التجاوب مع روح العصر ومع المنهج العلمي المتطور بالأضافة إلى القدرة علي تحقيق ثراء العقل ونمو الفكر والوجدان في الاتجاه الصحيح. وهذه هي بعينها الحضارة التي هي الهدف الأسمى لكل تطور في العلم وفي الاعتقاد أيضاً. وهذا هو نفس ما يلاحظه بعض الباحثين في علمي الإنسان والاجتماع. كلما عقدوا المقارنة بين أساليب المجتمعات البدائية ، والمتوسطة الحضارة والمتقدمة حضاريا حيث يتغلب أرتباط الإيمان بالسحر في الأولى. ويتفوق دور الانفعال الديني في الثانية إلى أن تتفوق قيمة المنطق المترابط الواضح. وبالتالي قيمة البحث العلمي بمفهومه الحديث في الثالثة. وذلك في شأن شتى مناهج البحث ، ولكن عندما يحدث أن ينكر الأفراد دور الدين ويتخلون عن المبادئ والقيم للتوصل إلى التقدم العلمي. وليس هذا فحسب بل أحيانا يتخلون عن القيم في المجتمعات العلمانية التي لا يحكمها ديانة معينة فهنا. تتجرد من الأخلاق كي تمكن نفسها من تطبيق ما ابتكرته لأن تطبيقه يخالف قيمهم وعندئذ تتلاشى القيم والمبادئ على حد السواء. سواء في المجتمعات البدائية ، أو المتوسطة الحضارة أو المتقدمة حضارياً.

وبما أن هذه عملية من أبرز الوسائل الحديثة في الإنجاب الصناعي ، التي تعالج مشكلة لدى الأزواج الذين يعانون من العقم والحرمان من الولد رغم خروجها عن مسار النظام الكوني والفطري ، فقد دفع ذلك الكثير منهم إلى اللجوء إلى مثل تلك العمليات. فكان لابد من وضعه على طاولة البحث والحوارات ؛ لإبداء الآراء. وهذا الذي حدث بالفعل بالنسبة لرأى فقهاء الدين بكافة طوائفه وعلماء الطب ، ورجال القانون الوضعي في الدول المقارنة التي

نبتت منها تلك العمليات, وكان لها السبق في ذلك بخلاف القانون المصري. ومن هنا يجب أن يكمل هذا دور الباحثين وكذلك دور الإعلام في التوعية والإرشاد لخطورة الآثار التي ترتبها هذه العمليات.

وعلى الرغم من ذلك, أرى أن القوانين الوضعية للدول المقارنة التي تبنت دراسة هذه المستجدات أغفلت دور الآثار التي ترتبها تأجير الأرحام, بالرغم من تعرضها السطحي لها فقد قصر اهتمامها بالتقنية التي تتم بها هذه العمليه دون الجانب الاجتماعي ودراسة الآثار التي تقع على المولود من هذه العملية, وبالتالي ترتب على ذلك المشاكل القانونية التي حاولت تحضيرها وترجمتها, وبذلت قصارى جهدي في العثور على أحدث هذه القضايا التي أحضرتها من منبعها, وساعدني في ذلك بعض رجال القضاء والطب الأمريكي في تجميع هذه القضايا الخاصة بمواضيع تأجير الأرحام, وبذلك يصبح لنا السبق الأول في عرضها من خلال رسالتنا المتواضعة في العالم العربي بالإضافة إلى تحضيري وتجميعي للنظام القانوني لعمليات تأجيرالأرحام في دولة الولايات المتحدة الأمريكية كنموذج متكامل لهذا الموضوع.

إن الهدف الأساسى من القانون الوضعي هو حماية المجتمع, ويترتب علي ذلك مراعاة تفسير قواعد هذا القانون مهمة عملية ضرورية, وتقتضى كشأن غيرها دراسة علمية واعية حتى يتماشى مع مستحدثات العصر ومتابعة النوازل المستحدثة. ويجب أن يعتمد القانون الوضعي سواء في تكوينه أو في تطبيقه بقدر الأمكان علي المعطيات العلمية.

لذا فإن المقام فرض علينا ولغياب هذا المنظور في معظم الدول التي نشأت فيها عمليات التعامل على الأرحام بعدم الاكتفاء بعرض هذه المشكلة من الجانب الشرعي للحكم بالإباحة أوالحظر, بل تحتم علينا بأن نبحث هذه التقنية من خلال الجوانب الآتية : الجانب الاجتماعي لما يترتب على هذه العملية من أثارسلبية على المواليد, بالإضافة إلى الجانب القانوني وهو الأساسى, وهذا لما يترتب على هذه العملية من المشاكل التي تتعرض لها أطراف هذه العلاقة من ناحية الأب البيولوجي والأب صاحب الفراش والأم بالرحم والأم البيولوجية, وكذلك المركز أو الطبيب عند إفشائهم للأسرارالخاصة بالأصل الجيني, وإتماماً

للفائدة المرجوة من هذا الكتاب وحتى نستطيب نتائجه أردت أن تتضمن رسالتي المتواضعة دراسة مستفيضة ووافية مع التعمق فى التعامل على الرحم.

أهمية هذا الكتاب :

تتجلى أهميته فى توضيح أهم المشكلات القانونية التي تثيرها النوازل الطبية المستحدثة ومحاولة إيجاد الحلول والمعالجات لها، دون أن نغفل التطرق إلى القواعد الخلقية وموقفهم منها كضرورة لابد منها لأية دراسة قانونية من هذا القبيل. ولا جدال فى أن تحقيق التوازن القانوني بين المصالح المترتبة على هذه المستحدثات يأتى بناء على الانعكاسات القانونية لدى المجتمع ؛ لأن القانون مرآة المجتمع. وهذا ما يفسر اختلاف التنظيم القانوني فى المجتمع الغربى عن نظيره فى المجتمع العربى الإسلامي حسب ما يسود فيه من عوامل مؤثرة.

وبناءا على ما تضمنته هذه الرسالة مجموعة من الدراسات القانونية لمشكلة غير يسيرة من المشكلات التي خلفتها لنا وسائل الإنجاب بتدخل الغير، وهى مشكلة تأجير الأرحام. والتي كانت تعد شكلا من الأشكال التي كانت تمارس منذ الجاهلية. ولكن جاءت الشريعة الإسلامية السمحاء وحرمت جميع العلاقات التي كانت تمارس في تلك الحقبة من الزمن. وأصبح الإنجاب مقتصرا على الزوجين دون تدخل الغير؛ حتى ظهر بيننا تيار جديد من مختلف أنحاء العالم وخاصة في الدول التي لا يدين شعبها الديانات السماوية الثلاث، يحمل معه وسيلة الإنجاب بتأجير الأرحام. وكانت حجته أن هذه الوسيلة ستساعد على علاج العقم وحل مشكلة الإنجاب ولكن سرعان ما توجه الفقه القانوني في كثير من تلك الدول بدراسة هذه العملية والوقوف على طبيعتها وبيان مفهومها ومعرفة مدى مشروعيتها وتحديد الآثار المترتبة عليها، فى الوقت الذي أخفقت فيه بعض الدول وضع تنظيم قانوني ينظم هذه العملية ويعالج الآثار المترتبة عليها لتجريمها والحد منها وعلى سبيل المثال مصر. ومن هنا يبدأ دورنا كباحثين وهذا مما يستهدى به فى بحثنا هذا وسيظهر ذلك لاحقاً في ثنايا هذا الكتاب إن شاء الله تعالى.

إزاء هذا التباين بين الآراء في بيان حقيقة تأجير الأرحام وطبيعة الآثارالقانونية والشرعية المترتبة عليها فقد اجتهدت في القيام بدراسة قانونية

مقارنة بالفقه الإسلامي والقوانين الأجنبية. و حرصت في هذه الدراسة أن تظهر فيها الجوانب القانونية والشرعية بتفصيل يتناسب مع أهمية هذا الكتاب التي تأتى من معالجته من الناحية المدنية والشرعية والاجتماعية. وهذا لن يتحقق إلا من خلال المنظومة القانونية ومعالجة جزئياته وفروعه وصوره بمختلف الأدلة والقرائن ووضع هذا الموضوع على ميزان المقاصد الشرعية والرؤية القانونية.

موضوع تأجير أو التعامل على الأرحام البديلة أو مساعدة لحل مشكلة عقم النساء أو مساعدة امرأة لا تقوى علي الحمل أو لتجنب المرأة مشاكل الحمل وآلامه ومخاضه. هذه المسألة مستحدثة في العالم العربي رغم عدم حداثتها في العالم الغربي. وهي بالنظر إلى الأمرين الأولين تحقق مصلحة مشروعة لهذه المرأة العقيم أو لتلك المرأة المريضة. أما بالنسبة للثالثة فقد يكون الأمر لا اعتبار له ؛ لأن الحالة هذه تتعلق بالتصرف الشخصي لهذه المرأة. ولسنا في مرحلة تقسيم بالنسبة للأسباب التي من أجلها يستخدم الرحم البديل بالإيجار أو بالهبة أو العارية أو الصدقة. بقدر ما نحن بصدد البحث من شرعية هذا الأمر من عدمه. ووضعه في ميزان الفقه والقانون ؛ لبيان الحكم فيه وما يترتب علي ذلك من آثار في المدرستين.

وذلك لأن النظر في الأسباب التي تدفع للإقدام علي هذا الأمر المستحدث علي الساحة الإسلامية هي قضية الضرورة التي وقعت فيها صاحبة الأمرين الأولين ؛ وكذلك المصلحة التي ستحقق لهما من خلال ذلك مما دفع البعض عالماً كان أو طبيباً ينظر إلى الموضوع بعاطفة. وإن كانت الضرورة أو المصلحة من المبادئ الشرعية إلا أن اعتبارها مرتبط بقواعد وثوابت الفقه الإسلامي.

الأمر الذي جعل موضوع تأجير الأرحام من أهم القضايا التي تستحق أن توجه إليها العناية في البحث والتقويم. التي ما زالت آثارها يثيرها التقدم العلمي في مجال الطب. لعله يتوصل منها إلى مبادئ وقواعد عامة وضوابط محددة ينضبط بها البحث في هذا المجال وكيفية تطبيق النتائج التي يسفر عنها.

وإن كان موضوع تأجير الأرحام مقبولاً في البلاد غير الإسلامية فإن الوضع مختلف تماماً في البلاد الإسلامية, مما يتطلب الوقوف علي حكم الشرع فيه حيث لا توجد دراسة شرعية متعمقة ومتخصصة, وأيضاً القانون المصري لم يتدخل لتنظيم إجراء مثل هذه الممارسات ووضع حلول مناسبة كما حدث ذلك في بعض القوانين الأخرى ومن هنا تظهر أهمية هذا الكتاب.

وإذا كانت عمليات تأجير الأرحام تتعلق بعدد قليل من الأفراد, فإنه لاشك في أن قلة العدد لا تنقص من قدر الكتاب ولا تقلل من أهميته. خاصة وأنه يتناول قضية واقعية يترتب عليها العديد من المشاكل والقضايا الساخنة التي تثور في المجتمع, ولذلك فإن تسخير هذا الكتاب لدراسة الوضع القانوني والشرعي ليس فقط لأطراف العقد بل وللمواليد من هذه العملية التي تمثل قطاعاً لا يمكن تجاهله, وخوفاً من أتساع نطاقه بين فئة تتزايد يوما بعد يوم – نتيجة الانجراف الهائل في أخلاقيات البشر نحو الإباحية – يعد مشتملاً على فائدة كبيرة لا يمكن إنكارها, طالما حاول القائم به استيعاب هذه المشكلة ووضع الحلول المناسبة لها بما يحقق لهؤلاء الأزواج وأبنائهم وللمجتمع استقرارا شخصياً واجتماعياً وقانونياً وشرعياً.

الهدف من هذا الكتاب:

لقد أثارت عملية تأجير الرحم الكثير من الجدل حول مدى مشروعيتها, ومازالت تثير الكثير من المشاكل والجدل لدى رجال القانون والطب علي السواء، ومن ثم تعد أيضاً خروجاً علي القواعد القانونية المستقرة التي تحمي حق الإنسان في أن يعيش حياة اجتماعية مستقرة وفي سلامة وتكامل جسمه. لا بإيجاره أو بيعه أو حتى التنازل عنه, وإنه بظهور هذه العمليات يتجاوز الطب الحديث الحدود المسموح بها والمتعارف عليها بحيث أصبح أكثر خطورة وتأثيراً علي الحياة الاجتماعية، فالجسم الإنساني من أهم العناصر اللازمة لوجود الإنسان لذا قيل بحق أن الجسم عماد الشخص بذاته بحسب الأصل[1]. ولذلك

---

(١) الدكتور عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الكتاب الثاني، الحق – الجزء الثاني، ص ١٧٠ – الناشر مطبعة جامعة الكويت ١٩٧٠. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، صفحة ٤٨٠، طبعة ١٩٨١، والدكتور محمد لبيب شنب، =

يعتبر الجسم من أكثر عناصر الحياة الإنسانية تقديساً، ولا يجوز التصرف أو التعامل عليه ولا يجوز أن يكون محلاً لأي اتفاق إلا من أجل صيانته أو حفظه وعلي نحو يعد المساس به انتهاكا لحرمة أو معصومية الكيان الجسدي للإنسان[1]. وتحقيقاً لذلك تعتبر حرمة الإنسان وسلامته من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع علي السواء إذ لا يمكن للمجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم والازدهار إلا إذا كان هذا الحق محاطاً بحماية كاملة. ويرجع ذلك إلى أن حق الإنسان لا يستقل به وحده بل هو حق لله وللمجتمع.

وانطلاقا مما سبق قد يثير موضوع تأجيرالأرحام العديد من المشاكل. منها ما هو قانوني ومنها ما هو أخلاقي (اجتماعي) ومنها ما هو فسيولوجي. لذلك كان هدفنا الأساسي من هذا الكتاب إلقاء الضوء ابتداء على هذه التساؤلات علي سبيل المثال وليس الحصر حتى نتمكن من حصر المشكلة وإيجاد حلول والتوصل إلى العديد من الأمور من خلال بحثنا المتواضع؛ ولذلك سنهتم في هذا الكتاب بالأرحام المستأجرة من حيث كونها متعلقة بالنظام الاسرى بوجه خاص وبالمجتمع على وجه العموم مما تعد مساساً مباشراً. ومن حيث هي انتهاك مباشر للقيم الخلقية الحاكمة في مجال الحياة الجنسية. وخاصة بعد أن وجدنا تقاعس المشرع عن إسباغ المشروعية الوضعية علي الأحكام القانونية الخاصة بجريمة تأجير الأرحام موضوع الكتاب.

=

دروس في نظرية الإلتزام، ص ٣٤٠ الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ١٩٧٦ / ١٩٧٧. د. أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ص ١٤، طبعة ١٩٨٢، مطبعة دار الحضارة العربية، الفجالة ١٩٨٢.

(١) الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ١٩٠. د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص (٢٧)، الناشر المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت عام ١٩٨٣.

Ahmed charaf El-Din: Droit de la transplantation d' organes ،etude comparative, pp 26 – 34. these paris 1975.

Carbonnier: Droit civil T. 4, les obligation, presses universitaires de france paris, ed. 1972 pp. 306–409, N.N. 88-111.

لـذا فـإن المقـام يقتـضي الدراسـة والتحـاور بخـصوص مـدى شـرعيتها ووضعها القانونى, كما أنها خلقت العديد من المشكلات الفرعية مما يتطلب ايجاد الحلول والمعالجات لها.

الصعوبات التي واجهتني:

لقد اعترضت دراسة هذا الموضوع العديد من العقبات والصعوبات التي استنزفت وقتـاً وجهـداً زائـداً – أدعـو الله أن يأجرنـا عليـه - وتتمثـل هـذه الصعوبات فيما يلي :

نظرا لخلو القانون المصري من ثمة نصوص تعالج عمليات تأجير الأرحام وهذا يرجع إلى أن هذه العملية تعد من الأمور المستحدثة في الدراسات القانونية في الوقت الحالي. ورغم أهمية دراسة هذا الموضوع فإنه لم يسبق أن تناوله الفقه القانوني أو الشرعي بدراسة خاصة متعمقـة يتنـاول فيهـا باستفاضـة كافـة الآثـار المترتبة عليها من الجوانب الشرعية والقانونية سواء بالنسبة للنسب أو الميراث أو لمن له الحق في الرضاعة وغير ذلك من الآثار وإلى أن يقنن المشرع المصري تلـك الأحكام فإني قد بذلت كل الجهد لمحاولة دراسة التنظيم القانوني لهذه التقنيات في الدول التي سبقت تشريعنا الغائب في ذلك المجال, وعرضت نظامـا كـاملا لهـذه العملية وعلى سبيل المثال الولايات المتحدة الأمريكية والهنـد واسـرائيل حتـى نـستطيع أن نقتبس مـن تجـاربهم القـضائية والتـشريعية مـا يفيـد التـشريع المرجـو إصداره بشرط الحفـاظ علـي الـصبغة الدينيـة الـتي يجـب أن تتـصف بهـا القـوانين الاجتماعية عامة وفي بلادنا خاصة في المسألة محـل البحـث والـتي تتعلـق بـصلب البنيان الاجتماعي وهو تكوين الأسرة.

أمـا عـن القـانون المقـارن فـسوف نتنـاول موقفـه مـن خـلال تقـسيمه إلى موقفين فهناك تشريعات أجازت تأجير الأرحام وأخرى لم تجز وسـنقوم بعـرض لكلا الموقفين تباعاً هذا بالاضافة الى صعوبة الحـصول علـي المادة العلميـة الـتي تخدم هذا الموضوع. ومن ثم، فإننا نعتقد أن ندرة المراجع العلمية في هذا الـصدد ناتجة عن استهجان بعض الفقه من دراسة هذه العملية. ورغبة البعض عن إقحام نفـسه في هـذا الموضـوع بعـداً عـن الـدخول في مجـالات عـادة مـا تحـاط بالـسرية والكتمان وتصطدم أحياناً بالعادات والتقاليد أو خوفاً من أن يتعارض في بحثه مع

أحكام الشريعة الإسلامية وتقاليد المجتمع وقيمه الراسخة ونظامه العام بحجة ضرورة ترك العنان للعلم والتطور الطبي والتشجيع علي غزو جسم الإنسان والتعمق بداخله لمعرفة أسراره واكتشاف خباياه مع معارضتهم لمن يقف في سبيلهم أو يحاول تلجيم فكرهم، ووضع العراقيل أمام التطور العلمي. وقد أدى ذلك كله إلى عزوف كثير من رجال الفقه القانوني والشرعي وإحجامهم عن دراسة عملية مثل عمليات تأجير الأرحام.

ومن الصعوبات أيضاً التي واجهتنا أنه لا توجد دراسة سابقة متعمقة بعمليات تأجير الأرحام أو حتى عمليات شبيهه يمكن أن نقيس عليها هذا من الجانب القانوني كجوهر لتلك الدراسة إلا ما قام به بعض الفقه المصري الحديث من التعرض لمثل هذه العملية في دراسة خاصة مجتهداً في عرضه ووضع منهج قانوني على أساس قياس تأجير الأرحام بجريمة الزنا حتى أننا وجدنا أن هناك فروقا بينها وبين الزنا لما يثيره تأجير الرحم من قضايا فضلاً عن تعرضه لبعض الآثار القانونية المترتبة علي هذه العملية.

أما بالنسبة للدراسات القليلة التي تناولت الموضوع بشكل يختلف عن هدفي في الموضوعات المستجدة علي الساحة العلمية القانونية والشرعية. إلا أنه وجدنا أنها اقتصرت الدراسة فيها على عرض العملية من الناحية القانونية ثم الشرعية. وكان أبطال هذا العرض هم أطراف العلاقة المكونة من الزوجين البيولوجيين وصاحبة الرحم المستأجر. وأغفلت نقطة مهمة وهي أنه لا يقتصر الأمر علي المساس بجسد صاحبة الرحم بل يتعدى نظام الرحم المستأجر ليؤثر علي المرجو إيلاده بتلك الوسيلة أي المولود. فلعل ما يميز الحمل المستأجر هو أن محل التصرف متعدد؛ فالتصرف لا يرد علي جسد المرأة الحامل وحدها بل يرد أيضاً علي الطفل فقد يتعرض هذا الطفل لعدة مخاطر نتيجة استيلاده بطريق التشتيت ما بين امرأتين. الأمر الذي جعلني أقوم بتخصيص جزء لدراسة حقوق الطفل وذلك من خلال تفعيلي للنصوص القانونية والدساتير الخاصة بذلك. وهذا من خلال حث الدولة والجهات المختصة من إزالة الغبار الذي يكسو هذه الدساتير والقوانين التي خصصت لحقوق الطفل.

وترجع صعوبة هذه العملية إلى حداثة هذه التقنية في العالم العربي وتسربها إلينا من الغرب وبالتالي، فالمادة العلمية فيها قليلة وفقيرة ومتشعبة، والمعلومات متناثرة ومشتتة في مقالات ومجلات وصحف وعبر الانترنت، وتتوزع بين الطب والشريعة والقانون.

وأخيراً من ضمن الصعوبات التي واجهتني ووقفت أمامها موقف حيرة بصفتي باحثة وكذلك بصفتي أم وهى إلى أي أم ينسب المولود من الرحم المستأجر ويرجع السبب في هذه الحيرة إلى تقارب أدوار المرأتين في سبب تخليق الطفل.

وبناء علي ذلك فقد كان من الضروري بذل الجهد للبحث في بعض النظم الأجنبية التي تتبنى هذا النوع من العمليات؛ حتى يمكن الاستعانة بها بالقدر المناسب في تناول الجوانب القانونية والشرعية للقضايا التي تشتمل علي عمليات تأجير الأرحام ووضع الحلول المناسبة لها.

وبتوفيق من الله اجتهدت حتى توصلت على مراجع موثوق فيها، وقمت بترجمتها وهذا لعدم وجود أنظمة عربية على دراية كاملة بمثل هذه العمليات من أجل التوصل إلى تبنى منهج قويم، وتلمس الحلول المناسبة التي تتفق مع النظام القانوني المصري والفقه الإسلامي، وذلك من قبيل أنه كلما ازدادت صعوبات البحث وأحاطت به المشقة ظهرت صقل هذا الكتاب، وأهمية الخوض فيه وأثبتت صبر الباحثة وقدر الجهد الذي بذله ومدى العناء الذي لاقاه في سبيل إنجازه.

منهج البحث:

١- هذا الكتاب له عدة محاور– محور قانوني ومحور شرعي وآخر اجتماعي وللباحثين مناهج مختلفة عند المقارنة في مثل هذا البحث فبعض الباحثين يقارن بين كل مسألة من الناحية القانونية ومن الناحية الشرعية في مبحث أو فصل واحد وبعض الباحثين يجعل لكل مسألة شرعية أو قانونية مبحثاً أو فصلاً مستقلاً، فيجعل للشرعية مبحثاً أو فصلاً ويجعل للقانونية كذلك، ولكني سلكت النهج الأول تارة في هذا الكتاب، وتارة اخرى فصلت بين الناحية القانونية والناحية

الشرعية وذلك حتى تحقق المقارنة أهدافها ولا يتشتت القارئ وبالتالي تؤتي المقارنة ثمارها.

٢- ولأهمية الدراسة المقارنة فقد استهدفت منها عرض جميع وجهات النظر المعروضة لانتقاء أفضل الحلول التي تساهم في توفير حماية متكاملة من الناحية الشرعية والقانونية للأطراف علاقة الرحم المستأجر والمولود. وقد اعتمدت في هذا الكتاب منهجاً تأصيلياً مقارناً، يعتمد على عرض رأى الفقه القانوني الفرنسي والمصري والإسلامي، وموقف الاتجاهات التشريعية والقضائية في المسألة محل البحث وتحليلها وعقد مقارنة بينها لاستجلاء الحقيقة واستخلاص الرأي الصائب والمتناسب مع ظروفنا الاجتماعية والبيئية والأخلاقية والدينية, واختيار الراجح منها وبيان وجه رجحانه, وتفنيد حجج المرجوح مع الاجتهاد في وضع حلول مناسبة لما لم نعثر له علي أصل تنظيمي, وذلك بالقدر الذي يتفق مع نظامنا القانوني المصري والفقه الإسلامي.

٣- محاولة التنسيق لقواعد النسب في القانون المصري, كي تستطيع استيعاب المشكلات التي أثارتها تلك التقنية الحديثة في مجال ثبوت الأنساب, وخاصة أن خلو نصوص القانون المصري والمقارن أيضاً لتلك النصوص جعلتني أجد صعوبة في إيجاد متشابهات يمكن أن أستنبط منها حكم نسب المولود من الرحم المستأجر, وبالرغم من ذلك حاولت أن أعالج مشكلة النسب الخاصة بالأمومة الرحمية في ضوء الاستهداء بقواعد الفقه الإسلامي المتعلقة بأحكام النسب عموماً.

٤- وقد اعتمدت في عرض موقف الفقه الأجنبي تجاه عمليات تأجير الأرحام علي العديد من المؤلفات العامة في القانون المدني الفرنسي فضلاً عن بعض المراجع المتخصصة بالإضافة إلى الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الفرنسية والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان والمقالات والتعليقات الفقهية الواردة في الدوريات الفرنسية المتداولة, فاستقيت المعلومة من مصدرها الأصلي تأكيداً على الأمانة العلمية في هذا الصدد مع الإشارة إلى المصدر الذي استقيت منه المعلومة مبينه ذلك بقولي: "مشار إليه في..." بما يضمن للقارئ معلومة موثقة إلى

جانب إفادة الباحثين بإرشادهم إلى المصادر المختلفة التي قد يعن لهم الحاجة إليها.

٥- كما اعتمدت في عرض موقف الفقه والقضاء العربي على المؤلفات الفقهية الخاصة والعامة القديم منها والحديث وتتبعت ما أورده الفقه القانوني في هذا الصدد.

٦- تحرير محل النزاع في المسائل الفقهية ذاكرة محل اتفاق الفقهاء إن وجد مع ذكر الدليل الذي يؤيد هذا الاتفاق ووجه الدلالة منه ومحل الخلاف أيضاً إن وجد, مع بيان أدلة كل فريق والمناقشات الواردة عليها والردود أن وجدت, مع بيان الرأي الراجح في المسألة غير متعصبة لمذهب مع عدم الاكتفاء بالمقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة المعروفة - غالباً - حيث كنت أتعرض للمقارنة بين المذاهب الثمانية المشهورة وهى: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والأباضية مع تناول بعض من آراء فقهاء السلف من الصحابة والتابعين وتابعيهم أحياناً.

٧- حاولت إثبات الحقيقة العلمية لهذه العملية، ليس لغرض طبي ولكن لأن النتيجة الطبية سأبنى عليها رأى القائم على الدلائل القانونية والفقهية وهذه الحقيقة بنيتها على أساس رأى الأطباء بشأن تأجير الأرحام التي تكاد أن تكون متباينة وغير موحدة حول تلك الحقيقة العلمية وهى مدى تأثير الأجنبي بالرحم الذي يحمله. محاولة أثبات أن الرحم المستأجر يؤثر في صفات الجنين أو الموروثات (الجينات) التي يحملها هذا من ناحية, ومن ناحية أخرى هناك تفاعل حيوي وكيميائي وبيولوجي بديعي بين الجنين والأم الحاملة له والكشف عن دور الجينات حيث ثبت أن هناك كثيراً من الخفايا عن موروثات الجنين بالأرحام وأن صورة عمل تلك الجينات كاملة ما زالت في طي الكتمان ولا يعلمها إلا الله.

بذلت قصارى جهدي في استخراج الأدلة الشرعية من أمهات المراجع الشرعية التي استخرجتها من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية وكتب التراث الإسلامي في مختلف المذاهب المعروفة، معزية رأى كل فقيه إلى كتابه الأصلي واتجاه كل مذهب إلى علمائه وأنصاره دون الاستناد إلى المؤلفات الحديثة

والمعاصرة في حكاية هذه المذاهب خاصة, وأن هذا الموضوع لم يسبق لأحد من الفقه الإسلامي المعاصر دراسته أو بحثه إلا بإشارات سريعة مقتضبة.

ونهدف من وراء الاستعانة بالمراجع السابقة بشكل مفصل ودقيق لبيان شرعية أو حرمة عملية تأجير الرحم وهذا لاعتقادي الشديد بأن عملية تأجير الأرحام ليست وليدة الساعة وأنها ليست من المستحدثات كما يزعم الغرب, بل هي من مخلفات عصور ما قبل الإسلام واقتبسها الغرب من تاريخ الفقه الإسلامي, الذى فسرها علميا مع الدراسة, وفى اعتقادي لو كنا من دول العالم المتحضر علمياً, ولدينا الإمكانيات لتوصلنا إلي هذه الوسيلة واستفدنا منها, وطبقناها على الحيوانات لتحسين السلالات بدلاً من تطبيقها على البشر والوقوع في المشاكل.

٨- وقد اعتمدت إلى جانب أقوال الفقهاء الإسلاميين القدامى ، على إيراد العديد من الفتاوى الحديثة والمعاصرة الصادرة عن المؤسسات العلمية الرسمية أو بعض أهل العلم بشأن موضوع هذه الدراسة مع الاستعانة بالوسائل العلمية المتاحة سواء كانت عادية كالكتب والدوريات والندوات والمؤتمرات والصحف والمجلات (شبكة الانترنت). وأشير إلى أنني في هذه الدراسة لم أقم بإجراء المقارنة بين آراء المذاهب الفقهية المختلفة فحسب كما هو معروف في الدراسة المقارنة في الفقه الإسلامي, وإنما جعلت الفقه الإسلامي كله بمذاهبه المختلفة في العديد من مواضع الدراسة تمثل في ذاتها فكراً إسلامياً واحداً بحيث يتقابل في مجموعة مع الفقه القانوني والطبي.

٩- حاولت معالجة الموضوع في الإطار النفسي والأخلاقي والاجتماعي, مع ربط هذه العملية ببعض الالتزامات الخاصة بميثاق شرف الطبيب.

١٠- جمع الآراء وفتاوى المجامع الإسلامية والدساتير والفقه والقانون المقارن لإبداء الرأي في هذا الموضوع, بالاضافة الى جمع آراء ومواقف علماء الشرائع السماوية الثلاث من جهة ، مع موقف القانون الوضعي والمقارن من جهة أخرى في مساحة واحدة من هذا الكتاب وذلك رغبة منا في التيسير على القارئ بالربط بين مختلف الآراء وذلك للإيضاح.

١١- حرصت على الحفاظ على التدقيق في المرجعية الطبية ليس فقط بالمراجع ولكن استعنا ببعض أساتذة الطب المتخصصين.

١٢- اعتمدت في تفصيلي ودراستي (حول هذا الموضوع)على القواعد الفقهية والأجتهاد العقلى، وما لهما من فائدة عظيمة في الحكم على الحوادث المستجدات، فوجدت فيها الكثير من المتشابهات لأحكام فيها نصوص شرعية مفصلة بخصوصها وقواعد كلية. استطعت من خلالها أن أستنبط الأحكام الخاصة بعملية الرحم المستخدم لحساب الغير وهذا دليل على أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

وقد أوضحت هذه الرسالة المدى الفسيح الذي عمل فيه العقل في كيفية استنباط الأحكام التشريعية، حتى أنني اعتمدت عليها في إثبات أن ظاهرة تأجير الأرحام " وإن صح التعبير الرحم المستخدم لحساب الغير " ليست بحديثة كما سبق وأن ذكرنا بل هي وليدة عصور قديمة قبل مجيء الإسلام. ولكن عبث بها الغرب وبلورها لنا لإظهارها في هذا الشكل بحجة أنها مستحدث طبي خادم للبشرية، وحتى أصبح العقل راجحاً على بعض النصوص التي لم تكن قاطعة في مدلولها، وعلى الرغم مما ذهب إليه بعض الباحثين في القوانين الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية.

وبالنظر لما تبين من أوجه الشبه بين التعامل على الأرحام والزنا فبنوا أحكامهم بناءاً على ما وجدوه من تشابه بينهم، إلا أن لي تحفظا حول تشبيه أو قياس علاقة تأجير الأرحام بعلاقة الزنا التى أرى انه لو سلمت جدلا ان هذا زنى فسوف ألقى عليه مسمى جديد وهو زنى النطف كزنى النظر مع الاحتفاظ بالفارق[1] هذا سنوضحه من خلال بحثنا إن شاء الله تعالى مع الاخذ فى الاعتبار

---

(١) الزنا لا يثبت نسباً: لقول النبي ﷺ (الولد للفراش وللعاهر الحجر) ولأن ثبوت النسب نعمة والجريمة لا تثبت النعمة بل يستحق صاحبها النقمة.
والونا الذى لا يثبت النسب هو الفعل الخالي من أي شبهة مسقطة للحد. فإن كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط فأن النسب يثبت علي الراجح.
أراء العلماء في ثبوت النسب بالزنى: -
أختلف العلماء في ثبوت النسب بالزنى فذهب أصحاب
الرأى الأول :- رأى جمهور الفقهاء
=

انني حاولت إستخدام أكثر من مصطلح لموضوع بحثنا التعامل على الرحم والتى منها تـأجير الارحـام وهـو الـدارج والـرحم البـديل والـرحم المستعار والـرحم المستخدم.. ....

=

لا يثبت النسب بالزنى مطلقا فلم يثبت رسول الله ﷺ شيئا من الأحكام التي أثبتها بالحلال فلم يثبت رسول الله ﷺ ولا أحد من أهل دين الله بالزنى نسبا وقال الرسول ﷺ (الولد للفراش ولعاهر الحجر) والعاهر الزاني ولأن الزاني ممنوع من الفعل آثم به لتكليفه ومخاطبته بالامتناع إذ الوطء لا يباح بالإكراه

ويؤكد هذا الرأى قول الحنفية حيث يروا أن حال الحمل يختلف عندهم بين الحبلى من زنا أو الحبلى من سبي أو الحبلى من سيدها "فأن تزوج حبلي من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله أنه فاسد. وأن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالإجماع فإن تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لأنه ثابت النسب

أما الحنابلة ما ذهب اليه ابن قدامة : "فأما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة المعتدة أو شبهة نكاح يجب به الحد ولا يلحق فيه النسب إذا علما الحل والتحريم فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه".

الرأى الثانى : -

وذهب اسحق بن راهوية إلي أن ولد الزنى إذا لم يكن مولودا علي فراش يدعيه صاحب وادعاه الزاني ألحق به وقد أول قول النبي ﷺ: (الولد للفراش - سبق تخريجة

علي أنه حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش وهذا مذهب الحسن البصري رواه عنه اسحاق بإسناد في رجل زني بامرأة فولدت ولدا فادعي ولدها فقال يجلد ويلزمه الولد وهذا مذهب عروة بن الزبير وسليمان بن يسار فقد ذكر عنهما أنهما قالا : أيما رجل أتي إلي غلام يزعم أنه ابن له وأنه زني بأمه ولم يدع يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام.

يقول ابن القيم : وهذا المذهب كما تراه قوة ووضوحا وليس مع الجمهور أكثر من (الولد للفراش) وصاحب هذا المذهب أول قائل به

والقياس الصحيح يقتضية فان الأب أحد الزانيين وهو إذا كان يلحق بأمه وينسب إليها وترثه ويرثها النسب بينه وبين أقاربها مع كونها زنت به وقد وجد الولد من ماء الزانيين وقد اشتركا فيه واتفقا علي أنه ابناهما فما المانع من لحوقة بالأب إذا لم يدعه غيره؟ فهذا محض قياسي وقد قال جريج للغلام الذي زنت أمه بالراعي : من أبوك يا غلام: فلان الراعي وهذا أنطاق من الله لا يمكن فيه الكذب - زاد المعاد لابن قيم الجوزية جـ٥ ص ٤٢٥ ، ٤٢٦

- أما إذا كان الزاني من المجنون فإنه يثبت به النسب والمصاهرة نص علي ذلك الشافعية لأنه زني صوري وليس حقيقيا الشرقاوي علي التحرير جـ٢ ص٢١٩ ، قليوبي وعميرة جـ٢ ص٢٩٩ .

والراجح هو الرأى الأول قول جمهور الفقهاء بأن النسب لا يثبت بالزنى لقوة أدلته وحتى لا تختلط الأنساب وتشيع الفاحشة بين الناس

١٣- عمل ملحق كجزء أساسى لا يتجزأ من هذه الرسالة وخاتمة ضمنتها أهم التوصيات والنتائج التي توصلت إليها من خلال هذا الكتاب متوخياً في ذلك الالتزام بالمنهج العلمي والله الموفق.

أن هذا الكتاب المتواضع يمكن أن يشكل وثيقة جادة في تكوين رأى فقهي وشرعي ورؤية قانونية وكذلك طبية يحتاج إليها الباحثة والفقيه والطبيب.

خطة الدراسة وتضم بإيجاز شديد:

فصل تمهيدى: فى ماهية إيجار الرحم

باب أول: فى مشروعية التعامل على الرحم

الفصل الأول: موقف الشريعة الاسلامية من تأجير الأرحام

الفصل الثانى: موقف القانون الوضعى من التعامل على الأرحام

الفصل الثالث: الموقف القانونى من نقل عضو الرحم

فى ضوء القواعد القانونية والمعطيات الطبي

باب الثانى: أحكام التعامل على الرحم

الفصل الاول: الطبيعة القانونية للتعامل على الرحم

الفصل الثانى :المركز القانونى للأطراف (حقوق والتزامات الأطراف)

الفصل الثالث: المركز القانونى للوليد (حقوق الوليد)

فصل تمهيدي..
ماهية إيجار الرحم

تمهيد:..

نتيجة للتطور الحديث فى شتى المجالات العلميه صرنا نرى كل يوم اكتشافا جديدا فى مجال علم فسيولوجيا التخصيب الصناعى، فالطب عموما من أوسع المجالات التى ظهر فيها هذا التطور، وكانت نقطة البداية فى مجال الإنجاب الصناعى عندما ظهر فرع من فروع التخصيب الصناعى يسمى بالرحم المستأجر أو الرحم البديل أو المستعار، وهذه الصورة قد انتشرت مؤخرا فى دول الغرب وصارت المرأة تباع وتشترى فى نفسها بمقابل وبغير مقابل فيما عرف بمؤجرات الأرحام، وقد بدأت هذه التداولات تتسلل إلي عالمنا الاسلامى والعربي مما أدى الى مشاكل كبيرة, ومن ثم أثار هذا اختلافا بين العلماء والفقهاء تجاه الحكم على هذه الظاهرة المستحدثة عدة تساؤلات من الصعب الإجابة عليها إلا بالدراسة المتخصصة ومن أمثلتها هل يعد استجابة صاحبة الرحم لطلب زوجها إخلالاً بشرط عقد الإجارة الذي وقعته أم أنه شرط حرام يحرم حلالاً لا يجب الوفاء به؟ هل يجوز للإنسان أن يؤجر عضو من أعضائه؟ وكما نتساءل عن الوضع القانوني للمولود إذا أنكرت المرأة صاحبة الرحم عملية الاستئجار وسجلت المولود باسمها واسم زوجها؟

وغير ذلك من الاسئلة.. ....

ولتفادى المشاكل الناتجة من هذه المستحدثة لابد من إيجاد طريقة لصنع أوتطبيق نص قانوني, وخاصة أن عمليات تأجير الأرحام تفتقد الوصف القانونى الذى يترتب على أساسه كون الفعل مشروع أو غير مشروع, وذلك بأن نحرص علي مدى مواءمة هذه القضايا المستحدثة مع قواعد ونصوص, القانون من خلال التحرر من قيود وجمود القانون بجعلها مرنة تتماشى مع مستحدثات العصر بخلق روح جديدة تتعامل مع كل ما هو جديد أو كل ما هو مستجد, مع الحفاظ على عدم معارضتها للأصول الشرعية.

ويجدر الإشارة هنا إلى أن علم الطب لم يعد يقتصر علي العلاج عن طريق تناول الأدوية فحسب، بل أصبح هناك تقنيات أكثر تقدما وحداثة،

فظهرت المداواة بطريق تأجيرالأرحام وتغيير الجنس وتحديد نوع الجنين ونقل الأعضاء............. وغير ذلك.

ومن هنا طرحت قضية تأجيرالأرحام بشكل منتشر وبسرعة مشهودة, والسبب فى ذلك يرجع إلى النتيجة المترتبة عليها وهى مولد كائن حى جديد، فمن هنا كان من الضرورى تفعيل القواعد القانونية والفقهية بتطبيقها على الوقائع والنوازل الطبية المستحدثة، حتى لا تحيد عن منفعة الإنسانية, وحتى يتسنى لنا تناول مفهوم تأجير الارحام من خلال إستخدمها لحساب الغير فمن المناسب أن نتناول ذلك من خلال المبحثين الاتيين: -

المبحث الاول: مشكلة تأجير الرحم

المبحث الثانى: الانجاب الصناعى

المبحث الأول
مشكلة تأجير الارحام

بعد ظهور عمليات استئجار الأرحام في العالم الإسلامي، أصبح فقهاء الدين والقانون وأيضاً والطب مطالبين بالمثول أمام هذه المستجدات والقضايا سوءا في العالم الإسلامي أوفى العالم الغربى كل على حد السواء فعلى كل مجتهد وعالم فى تخصصه أن يرجع إلى مبادىء الشريعة باحثا فى أصول الدين متسلحا بالأدلة الشرعية فى استخلاص الأحكام بداية كي يقوم بدراسة هذه القضية بشكل جاد، ولا ننكر على أنفسنا أن للتخصص دورا كبيرا, على أن يكون تعاون الأطباء والفقهاء للتعرف علي الحكم الشرعي في القضايا الفقهية الطبية الحديثة أمرا ضروريا لأنه تعاون مشترك يؤدي إلى نظر فقهي صحيح.

وبناء على ذلك فإن العلوم الطبية في حاجة ضرورية إلى العلوم الفقهية، كما أن الفقهاء في حاجة إلى علم الطب عندما يقررون حكما من الأحكام التي لها صلة بالجوانب الصحية، لأن الفقهاء هم أهل الذكر فيما يتعلق بالأحكام الشرعية، والأطباء هم أهل الذكر فيما يتعلق بالشئون الطبية، قال تعالى: [فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ][1].

---

(١) سورة النحل، جزء الآية (٤٣)

لذا فإن المقام يقتضى أن نعرض لمفهوم الرحم, وذلك من خلال :

المطلب الأول, ثم نعرض تاريخ وتطور إستجارالأرحام فى المطلب الثانى, وذلك من خلال عودة الغرب فى العصر الحديث إلى ما كانت عليه الجاهلية فى الفرع الاول ثم التطور التكنولوجى للإنجاب الصناعى فى الفرع الثانى, وأخيرا نقوم بدراسة أسباب تزايد ظاهرة تأجير الرحم فى مطلب ثالث من خلال الأسباب الدافعة إلى تأجير الارحام فى الفرع الاول ثم إنعكاسات مشكلة تأجير الارحام الفرع الثاني إن - شاء الله تعالى- .

المطلب الاول

مفهوم الرحم

أ- مفهوم الرحم في القرآن الكريم:

على الرغم من أن الرحم عضو أنثوي مثله كسائر أعضاء الجسم, إلا أن المكانة السامية التي جعلته يستعمل في الكثير من الألفاظ التي ترشدنا إلى القيم الأخلاقية التي يتحلى بها الإنسان, ونحن نرى أن الرحم في شريعتنا قد حظي بتقدير واحترام لم يحظ به في أي نظام اجتماعي, وقد وردت لفظة الأرحام في القرآن الكريم بمعنيين : شرعي وعضوي.

بخصوص الدلالة الأولى فى المعنى فهى شرعية والدليل على إعتباره قيمة أخلاقية ورابطة اجتماعية :

صلة القربى التى ناتجة عليه ، أو الصلات الناتجة عن التزاوج. لذلك جاء لفظ الرحم دلالة على أسمى الروابط الإنسانية في مجال الاجتماع ، وأسمى معاني القيم في مجال الأخلاق.فلما أراد الله عز وجل أن يوثق عرى الروابط الإنسانية ، جعل الأقرباء بعضهم أولى ببعض ، على قاعدة "الغرم بالغنم "في الأموال ، وعلى قاعدة "التعاطف والتراحم " بين الناس في المجالات الاجتماعية.

ولقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ إِلاَّ تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ(٧٣) وَالَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوا وَنَصَرُوا أُوْلَئِكَ هُمْ الْمُؤْمِنُونَ حَقّاً لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَرِزْقٌ كَرِيمٌ (٧٤) وَالَّذِينَ

آمَنُوا مِنْ بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُوْلَئِكَ مِنْكُمْ وَأُوْلُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (٧٥)](١)

[النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُوْلُو الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنْ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلاَّ أَنْ تَفْعَلُوا إِلَى أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفاً كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُوراً (٦)](٢).

وفي مجال الأخلاق حين أراد الله عز وجل أن يحث العباد على أن يقيموا بينهم عرى الصلات على أساس متين قال: [وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَتَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً]"(٣).

[فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ](٤)

ومن خلال السنة يتضح لنا أن الأرحام بمعناها الشرعي قد حظيت بالاهتمام. والدليل ما أخرجه مسلم عن عائشة (رضي الله عنها) أن النبىﷺ قال: "الرحم معلقة بالعرش تقول: من وصلني وصلته، ومن قطعني قطعته(٥)".

وما أخرجه البخاري ومسلم أيضاً. عن أنس عن النبىﷺ قال: " من سره أن يبسط له في رزقه وينسأ له في أثره فليصل رحمه(٦)"

ما رواه البخاري ومسلم عن جبير بن مطعم أن النبىﷺ قال "لا يدخل الجنة قاطع رحم(٧)".

هذا ما روى لنا من خلال السنة مفادة: أن الرحم له مكانة خاصة. وعالية عند الله سبحانه وتعالي؛ لذلك أوصانا بها على هذا النحو. مما جعلها

---

(١) الانفال ٧٣ : ٧٥

(٢) الاحزاب: ٦

(٣) النساء: ١

(٤) محمد: ٢٢

(٥) صحيح مسلم ٤/ ١٩٨١م – كتاب البر والصلة والاداب – باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها – الحديث رقم ١٧.

(٦) صحيح البخاري ٢١/٤ كتاب الاداب – باب من بسط له في الرزق بصلة الرحم – صحيح مسلم ٤/ ١٩٨٢ كتاب البر والصلة والاداب – باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها الحديث رقم ٢٠

(٧) صحيح البخاري ٤/ ٤٩ كتاب الاداب – باب إثم القاطع – صحيح مسلم ٤/ ١٩٨١ كتاب البر والصلة والاداب – باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها الحديث رقم ١٩

منطقة مقدسة ينبغي أن يكون لها قدسية ونظرة تقدير واحترام. بعكس ما نحن عليه الآن. حيث يرى البعض أن هذا العضو الأنثوي صالح للإيجار أو الهبة أو التبرع أيا كان شكل التصرف.

بخصوص الدلالة الثانية للأرحام بالمعنى العضوي (وهو موضوع هذا الكتاب والمقصود بتأجيره) "الرحم هو الوسط الذي يتكون فيه الجنين ووعاؤه في البطن[1]".

جاء وصف الرحم في القرآن الكريم عضواً أنثوياً. وكأنه صندوق مغلق على ما بداخله تحيط به ظلمات ثلاث. ولا يعلم أحد بما يحتويه إلا الله - سبحانه وتعالى-

" الله يعلم ما تحمل كل أنثى وما تغيض الأرحام وما تزداد وكل شيء عنده بمقدار عالم الغيب والشهادة الكبير المتعال"[2].

[يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى][3].

[إِنَّ اللَّهَ لا يَخْفَى عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي الأَرْضِ وَلا فِي السَّمَاءِ (٥) هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ لا إِلَهَ إِلاَّ هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ][4].

[وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ وَلا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ][5].

[إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنَزِّلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الأَرْحَامِ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَاذَا تَكْسِبُ غَداً وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ][6].

---

(١) لسان العرب ٧٤/١٥، ١٧٥ دار احياء التراث العربي بيروت طبعة ١٤١٧ ه ١٩٩٧ م- المعجم الوجيز ص ٢٥٩ – الصادر عن مجمع اللغة العربية طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم – ١٤١٤ه – ١٩٩٣م. - المعجم الوسيط، ج ١، ص ٣٣٥.
(٢) الرعد: ٨
(٣) الحج: ٥
(٤) آل عمران: ٨
(٥) البقرة: ٢٢٨
(٦) لقمان: ٣٤

قوله تعالى: ﴿فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ﴾[1]

ومن خلال قول الله تعالى من الآيات السابقة يتضح لنا أن الله جعل الرحم مكان مقدس لا يمكن العبث فيه. أو الاستهانة به، أو حتى نجعل منه سلعة تباع وتشترى فيها، فمن خلال آيات الله نرى أنها تحثنا على أن ننظر إلى الرحم نظرة تقدير واحترام. لا كتلك التي ينظر إليه الآخرون الذين يريدون أن يجعلوا من الرحم مكانا للإيجار.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن المقصود بالرحم المستأجر في بحثنا: هو الإنجاب الذي يتم بأخذ البويضة من الزوجة ليجري إخصابها – خارجياً – بالحيوان المنوي من زوجها. وكنتيجة لأسباب متعددة تجعل صاحبة البويضة غير قادرة على الحمل في رحمها. فلقد ابتكر أطباء الغرب فكرة إدخال هذه البويضة الملقحة لرحم امرأة أخرى بدلاً من رحم صاحبة البويضة. وبهذا الأسلوب تحمل الأم صاحبة الرحم المستأجر هذا الجنين وتسمى "الأم بالرحم"[2].

وجدير بالذكر فإن الرحم ليس مجرد وعاء أو حضانة. كما يدعي البعض. بل هو القرار المكين بالأم لحمل الجنين فيه[3].

---

(١) المرسلات: ٢١

(٢) التعريف اللغوي (المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية – ٢٠٠٠):
الأم: هي أصل الشيء، وهي الوالدة، وهي الشيء يتبعه فروع له.
والأمومة هي نظام تعلو فيه مكانة الأم على مكانة الأب ويضيف الدكتور يوسف القرضاوي (فتاوى معاصرة – ١٩٨٩).
"ولا شك أن خير وصف يعبر عن الأم وعن حقيقة صلتها بطفلها في لغة العرب هو " الوالدة " وسمي الأب " الوالد " مشاكله للام الحقيقة، أما الأب فهو في الحقيقة لم يلد، أنما ولدت امرأته. فالولادة إذن أمر مهم، شعر بأهميته واضعوا اللغة، وجعلوه محور التعبير عن الأمومة والأبوة والبنوة. .. وفي القرآن الكريم تأكيد لذلك المعنى في قوله تعالى: ما هن أمهاتهم، أن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم فلا أم في حكم القرآن إلا التي ولدت"

(٣) التعريف الاصطلاحي:
الأمومة هي علاقة بيولوجية ونفسية بين امرأة ومن تنجبهم وترعاهم من الأبناء والبنات.
وهذا هو التعريف للامومة الكاملة التي تحمل وتلد وترضع (علاقة بيولوجية) وتحب وتتعلق وترعي (علاقة نفسية). وهذا لا ينفي انواعا أخري من الأمومة الأقل أكتمالا كان تلد المرأة طفلا ولا تربيه فتصبح في هذه الحالة امومة بيولوجية فقط، أو تربي المرأة طفلا لم تلده فتصبح امومة نفسية فقط.

وَلَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَـٰنَ مِن سُلَـٰلَةٍ مِّن طِينٍ ، ثُمَّ جَعَلْنَـٰهُ نُطْفَةً فِى قَرَارٍ مَّكِينٍ ، ثُمَّ خَلَقْنَا ٱلنُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا ٱلْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا ٱلْمُضْغَةَ عِظَـٰمًا فَكَسَوْنَا ٱلْعِظَـٰمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَـٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ ٱللَّهُ أَحْسَنُ ٱلْخَـٰلِقِينَ (1)

أدلة تكريم الله جل شأنه لعضو الرحم يجدر الإشارة إلى وجود آيات ودلائل تبرهن وتؤكد الصلة الربانية والروحانية التي جسدها الله لعضو الرحم، وأكبر دليل على ذلك تشريف الله للرحم من خلال:

١- أن الله سبحانه وتعالي اشتق اسمه منه لقوله في حديثه القدسي (أنا الرحمن)

٢- أن الله جعل الرحم يشهد أهم أطوار خلق الإنسان وتصويره وكذا نفخ الروح بالجنين فيه: (خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَأَنزَلَ لَكُم مِّنَ ٱلْأَنْعَـٰمِ ثَمَـٰنِيَةَ أَزْوَٰجٍ ۚ يَخْلُقُكُمْ فِى بُطُونِ أُمَّهَـٰتِكُمْ خَلْقًا مِّنۢ بَعْدِ خَلْقٍ فِى ظُلُمَـٰتٍ ثَلَـٰثٍ ۚ ذَٰلِكُمُ ٱللَّهُ رَبُّكُمْ لَهُ ٱلْمُلْكُ ۖ لَآ إِلَـٰهَ إِلَّا هُوَ ۖ فَأَنَّىٰ تُصْرَفُونَ) (2)

٣- حكمته جل شأنه في وضع أكبر سر من أسرار أطوار الخلق به، وأحاطه بصفات معجزة في كيفية أداء عمله؛ ولذا فالرحم – في أوقات الحمل وشهوره – يتضاعف حجمه ليصل آلاف المرات ويتضاعف وزنه أيضاً لمئات المرات وذلك لكي يحتضن الجنين بأمان .

٤- جعل الرحم معلقة بالعرش لقول رسول الإسلام (عليه الصلاة والسلام) في حديثه الشريف الرحم معلقة بالعرش.

ب- الوصف الفسيولوجي للرحم:

وضع العلماء الطب وصفاً تشريحياً دقيقاً للرحم وذلك نظراً لأهمية وظيفته في الإنجاب من حيث مدى ارتباطه بالجسم الذي احتواه، ومن حيث تركيبه ومدى استعداده للقيام بمهمته(3).

---

(١) المؤمنون: ١٢ – ١٤

(٢) الزمر ٦

(٣) يتكون الرحم من جسم وعنق وكلاهما مكون من ثلاث طبقات :

=

ج – جاء وصف تكوين الجنين في القرآن الكريم :

على أنه عملية خلق بديعة وغريبة تكشف لنا عن عظمة الخالق عز وجل- وعن حسن تدبيره. وهذه العملية تمر بمراحل متعددة وأطوار متلاحقة. وقد ذكرها الله- جل علاه في كتابه الكريم [(١)]

[يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّى وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَى أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلا يَعْلَمَ مِنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئاً][(٢)].

ومما سبق يتبين لنا من خلال الآيات الكريمة أن مراحل خلق الإنسان تتكون من :-

١- سلالة من طين
٢- نطف
٣- علقة
٤- مضغه.
٥- عظام
٦- لحم يكسو العظام
٧- خلق آخر (نفخ الروح)

هذا وقد جاء في السنه النبوية كان عند عمر ابن الخطاب (رضي الله عنه وأرضاه) قوم فقالوا "إن قوما زعموا أن العزل هو الموؤدة الصغرى "فقال على بن أبي طالب(كرم الله وجهه)"لا تكون موؤدة حتى تمر على التارات السبع تكون سلالة من طين ثم تكون نطفة ثم تكون مضغة ثم تكون عظاما ثم تكون لحما ثم تكون خلقا آخر "فقال عمر: "صدقت أطال الله بقاءك ".

=

كتاب اساسيات امراض النساء ص ٢٠ أ/ د إبراهيم سماحة / طبعة مركز الكتاب الجامعى / سيد محمود – ٨ ش سليمان الحلبى بالقاهرة سنة ١٩٨٩- كتاب النمو الجنينى للانسان ص- ١٢٢ للأستاذ الدكتور حمدى العيشى ، وأ.د محمد نور الدين / أ.د زغلول مهران /أ.د يوسف ميخائيل طبعة دار الشعب بالقاهرة الطبعة الأولى ١٩٨٣ م

(١) نوح الآية ١٣.
(٢) الحج الآية ٥.

د ـ المصطلحات الخاصة بخلق الجنين في الرحم

الاخصاب: هو إتحاد الحيوان المنوي ببويضة المرأة لتكوين نطفة الأمشاج، أي البويضة الملقحة. ويتم التلقيح بينهما في قناة تصل بين مبيض المرأة ورحمها "قناة فالوب" وذلك بواسطة والاستدخال الطبيعي "الجماع" وبعد أربعة أيام من التلقيح تكون الخلايا الناشئة عن التلقيح قد تكاثرت ثم تندفع هذه الخلايا المتكاثرة نحو الرحم فتلتصق بجدارة وبذلك يحدث الحمل الطبيعي مارا بسلسلة من العمليات المتتالية. ومن خلال التعريف السابق يقتضى بنا أن نبين المراد من كلمة التلقيح في اللغة.

التلقيح في اللغة: مأخوذة من لقح النخلة تلقيحا وألقحها، والملاقح الفحول، وهى الإناث التي في بطونها أولادها، والملاقيح ما في بطون النوق من الأجنة الواحدة. استعمل لفظ لواقح في القرآن الكريم في قوله تعالى: [وَأَرْسَلْنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ فَأَنْزَلْنَا مِنْ السَّمَاءِ مَاءً فَأَسْقَيْنَاكُمُوهُ وَمَا أَنْتُمْ لَهُ بِخَازِنِينَ][1]. والمراد بلفظ لواقح هنا في الآية الكريمة تلقح الشجر وتجرى السحاب فتدر بالمطر[2].

- **والتلقيح هو إحبال ذكر لأنثى**[3] وسئل ابن العباس (رضي الله عنهما) عن رجل له امرأتان أرضعت إحداهما غلاما والأخرى جارية، فهل يتزوج الغلام الجارية: فقال: لا لأن اللقاح واحد. ويقال أيضاً لقحت الناقة بالكسر لقحاً ولقاحا بالفتح فهي لاقح، وألقحها الفحل أي ألقى إليها الماء فحملته[4].

ومما سبق يتضح لنا أن المعنى الاصطلاحي للتلقيح الطبيعي لا يختلف عن المعنى اللغوي له. ومما هو جدير بالذكر أن التلقيح بالشكل الطبيعي المعروف لنا عبارة عن منظوره ربانيه صنعها الخالق عز وجل. تبدأ باتحاد الحيوان المنوي للذكر ببويضة الأنثى ماراً بسلسلة من العمليات المتتالية والمتداخلة والمتكاملة التي تبين عظمة الخالق في تدبيره. ولقد وصف لنا القرآن الكريم عن هذه المراحل في

---

(١) سورة الحجر الآية ٢٢

(٢) تفسير المصحف المفسر للإمام أبي جعفر محمد ابن جرير الطبرى

(٣) انظر ترتيب القاموس المحيط، طاهر احمد الزاوي، الجزء الرابع، طابعة أولى ١٩٥٩ ص١٤١، (كلمة لقحت)

(٤) مختار الصحاح ص ٣٧٢ – المصباح المنيرج ٢ ص ٧٦٤ – الجامع لاحكام القرآن القرطبى ج٥ ص ٣٧٣

قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الإِنسَانَ مِنْ سُلالَةٍ مِنْ طِينٍ * ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ * ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَاماً فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْماً ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقاً آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾(١).

- **الأمشاج**: الأمشاج في اللغة هي الخلايا الذكرية كالحيوان المنوي، والخلايا الأنثوية البويضة قبل أن تندمج لتكوين اللاقحة(٢). والأمشاج هي الأخلاط قال تعالى: "إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه"(٣)، فيتكون من المائين نطفة أمشاج هذه "الزيجوت" المتكونة من التحام نواة البويضة من الأنثى بنواة الحيوان المنوي من الرجل فيتحدان, وعندئذ يحصل التلاقي والتلاقح، وبعد التلاقح تنقسم البييضة الملقحة انقساماتها المعروفة المتتالية فتنقسم الزيجوت وتصبح الخلية خليتان... والخليتان أربع(٤) أما بالنسبة لهذه الخلية التي تنقسم فهي كما ذكرت سابقا تكونت خلال لقاء خلية بويضة بحيوان منوي، هذه الخلية نصفها يحمل خواص الأم والنصف الآخر يحمل خواص الأب، وهذه الخواص تسمى بالكروزومات التي تحمل جميع التعليمات المنظمة لحياة الفرد(٥).

- **الاستدخال**: مصطلح فقهي قديم يعني حقن ماء الرجل في قبل المرأة(٦).

- **البييضة**: وتسمى بيولوجيا بويضة، والبييضة تصغير بيضة وهي مني الزوجة أو خلية الأنثى(٧).

- **الجوين**: هو ماء الرجل أي الحيوان المنوي(٨)

- **اللقيحة**: هي البيضة الملقحة بالحيوانات المنوية(٩).

---

(١) سورة المؤمنون الآية من ١١ : ١٤.

(٢) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، بيروت: دار الفكر، (د.ت)، ص ٢٧٠.

(٣) الإنسان :٧٦.

(٤) أبو زيد، بكر بن عبد الله، فقه النوازل، المجلد الأول، الرياض: مكتبة الرشد، ص ٢٥٣، ١٤٠٧.

(٥) عبد الغني اسامة. موسوعة الطفل من الحمل حتى البلوغ، مصر: المصرية (د.ت) ص ٩٣).

(٦) فقه النوازل، ص ٢٠٤.

(٧) فقه النوازل، ص ٢٥٥.

(٨) فقه النوازل، ص ٢٥٦

(٩) فقه النوازل، ص٢٥٧.

- **قناة فالوب**: هي الطريق التي تصل بين الرحم والمبيض، وسميت بذلك نسبة إلى عالم التشريح الإيطالي الذي اكتشفها, وإذا طرأ على هذه القناة انسداد صار سببا لعدم قابلية الحمل. ومنهم من يسميها "قناة الرحم.

هـ- وهناك سؤال يطرح نفسه: هل الرحم المستأجر لحساب الغير[1] (الظئر) يؤثر في صفات الجنين أو الموروثات (الجينات) التي يحملها؟

---

(١) تتم هذه التقنية من الإنجاب الصناعى عن طريق أخذ بويضة من الزوجة وتلقيحها بماء الذكر تتكون نطفة الأمشاج توضع فى رحم امرأة أخرى وتسمى هذه المرأة حتى ينتهى الحمل بمولد الطفل ويتم تسليمه لأبويه البيولوجيين ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة فى حالة وجود عيب فى رحم الزوجة بحيث لا يمكن أن تحمل. ومما هو جدير بالذكر قد تكون صاحبة الرحم البديل أيضا زوجة أخرى للزوج صاحب النطفة الذكرية.
ولهذا يمكن حصر طرق تأجير الأرحام فى أربع طرق:
الوسيلة الأولى:
زوجان يرغبان فى الانجاب ولكن هناك خلل فى رحم الزوجة فأتفقا مع امرأة أخرى غير متزوجة لتأجير رحمها لتحمل نيابة عن هذه الزوجة العقيم
الوسيلة الثانية:
زوج له زوجتان وكانت أحداهما عقيما فأخذت ببيضة منها ولقحت بماء زوجها وغرست نطفة امشاجهما فى رحم زوجته الأخرى السليمة فحملت ثم ولدت
الوسيلة الثالثة:
المرأة المستاجرة :لرحمها متزوجة، ويعلم الزوج بهذا العقد وشارك زوجته فى إتمامه أو أنه علم بعد ذلك وسكت.
الوسيلة الرابعة:
هي نفس الصورة السابقة ولكن زوج هذه المرأة التى حملت أنكر أن يكون هذا ولده (د/ محمد على البار - اخلاقيات الانجاب الصناعى ص ١٠٤ الدار السعودية للطبع والنشر والتوزيع ١٩٨٧م)
وسنتحدث بالتفصيل فى الفصل الثاني أن شاء الله تعالى عن حكم هذه الطرق السابقة ويتجلى لنا دراسة هذه المسائل موضوع بحثنا فى كونها حتى يتبين لنا مدى حرمتها ومخالفتها للنظام العام وبالتالي يتعين علينا أن نبحث في مسألة هل الحرمة لهذه الوسيلة جاءت من عدم احترام المني أم جاءت الحرمة نتيجة الأثار المترتبة من جراء هذه العملية من لاختلاط الأنساب أم لأنها قريبة من شبهة الزنا وأخيرا لكونها مخالفة للعواطف والمشاعر واحترام الذات الإنسانية.وبناء عليه فقد بات لازما أن تتناول حكم هذه الوسيلة من خلال دراسة تفصيلية لموقف التشريعات المقارنة التى نبع منها مثل هذه الوسائل ومن ثم دراسة موقف القضاء المقارن وأخيرا موقف الفقه المصري وكذلك كما سبق وأن رأينا موقف الشريعة الإسلامية من جراء هذه الوسيلة الرامية الآتية لنا من الغرب وذلك من خلال النقاط التالية من هذا الكتاب أن شاء الله تعالى. (تأجيرالرحم حلال أم حرام ص ٨٢ وما بعدها للشيخ محمود غريب مكتبة الايمان بالمنصورة - الطبعةالأولى - ١٤٢١ - ٢٠٠١م).

وحتى نستخلص الإجابة فعلينا أن نعلم أن هناك تفاعلاً حيوياً وكيميائياً وبيولوجياً بديعاً بين الجنين والأم الحاملة له وثبت أن هناك كثيراً من الخفايا عن موروثات الجنين بالأرحام وأن صورة عمل تلك الجينات كاملة ما زالت في طي الكتمان لا يعلمها كلها إلا الله.

ويقول العلماء بأن دم الأم - الموصول بالجنين – يحمل كل مكوناته الوراثية وإذا كانت الأم حاملة لموروث (جين) أحد الأمراض الوراثية فإن ذلك يؤثر على الجنين بل وقد يستمرالأم. لبعد ولادته. وللعلم فقد نشر كتاب لعالم أمريكي شهير منذ عام بعنوان (الحياة في الرحم) وأشار فيه إلى أن حالة الإنسان الصحية طوال حياته تتحدد بالفعل أثناء التسعة أشهر برحم الأم. وبهذا فإن صفات الجنين قد تتأثر بالبيئة المحيطة به بالرحم. ولهذا فالعلم لا يلغي نظرية الوراثة كما أشارسيادته.

المطلب الثاني

تاريخ وتطور إستئجار الأرحام

مما لا شك فيه تمثل تكنولوجيات التكاثر الحديثة أحدث وسائل الصراع العلمى فى مواجهة العقم، وذلك بغرض ضمان تطور جنين سليم. وتتضمن هذه التكنولوجيات الإنجاب الاصطناعى للمرأة بواسطة النطفة الذكرية لزوجها أو باستئجار أرحام أخري – بصرف النظر عن مشروعية كل منهما، لأن الحديث عن ذلك سيكون لاحقا - بإذن الله تعالى- .

فى الوقت الذى لم يكد يتفق فقهاء الشريعة والمتخصصون في الطب وواضعو القانون حول بعض القضايا المثارة والمتعلقة بالإخصاب الصناعى عامة وعمليات الرحم المستأجر خاصة. وإدخال طرف ثالث غير الزوجين في عملية الإخصاب، ومدى مشروعية مثل هذه التصرفات والآثار الناتجة عنها إلى آخر تلك القضايا، بل أن بعض القوانين إن لم تكن معظمها لم تتدخل بالتنظيم أساسا لمثل هذه الأمور الخطيرة والمتعلقة ببني البشر ورغم ذلك يعتبر هذا الموضوع بالغ الحساسية والخطورة لمساسه بأعظم كيان وهو الإنسان، لأنه إذا كان هناك ضرورة نقل عضو من أعضاء الجسم تفاديا للوفاة مقبولا وانقاذاً لحياة

مريض وفي حدود وضوابط معينة. ورغم ما في ذلك من خلاف فإن نقل الأعضاء الخاصة بالتناسل فى غاية الخطورة وذلك لما له من خصوصية للنتاج البشرى.

وهذا يقودنا إلى مسالة التبرع بالمبيض فهى من الأمور التى تشكل غاية فى الخطورة، إذ هو المصنع الذي ينتج البييضات والذى يمثل شطر الجنين أوالمشاركة فى تشكيل نطف الأمشاج. ولذا فإن البييضة التى تنشأ لن تكون بييضة المرأة التى زرع لها المبيض، والجنين الذي ينشأ في رحمها سيكون جنين المرأة المعطية أو المتبرعة، صاحبة المبيض بيولوجياً.

منذ وقت كبير والأطباء يحاولون التوصل إلى اكتشاف سلالات جيدة للحيوانات. وفى طريقهم إلى ذلك توصلوا إلى أسرار لم تكن معهودة من قبل، واستطاعوا أن يكشفوا ما كان مكنوناً في الطبيعة، وأن يظهروا اكتشافات هائلة في مجال الإنجاب وتكنولوجيا الإخصاب الصناعى، نقلت العالم إلى عصر والتقدم والنمو من الناحية الطبية خاصة والإقتصادية عامة.

وهكذا فإن هذه التطورات في مجال الطب عموماً وفي مجال عمل استخدام الأرحام المستأجرة خصوصا قد يبدو الغرض منها الإنجاب. إلا أن الواقع العملي دل على أن هناك آثار سيئة ترتبت على استخدام هذه العمليات. ومن ثم فإن هذا التقدم قد أسيء استخدامه. مما يقود العالم إلى مستقبل مظلم، لأن المشاكل التى تثار حالياً، وأن كان لا يمكن وصفها بانها تمثل ظاهرة اجتماعية، إلا أنها أصبحت أو على وشك أن تصبح ناقوسا للخطر يهدد النظام العام.

ولذلك لابد من أن يقنن القانون مثل هذه الوسائل على ألا تكون عرضة للتداولات الخاطئة. مع وضع الضوابط والقيود والأحكام ما يمكن التحكم فيه والسيطرة عليه لخدمة ومصلحة البشرية والأجيال المستقبلية. ولكى يحدث هذا لابد من دراسة تاريخ وتطور إستئجار الأرحام عبر العصور وما هو السبب الداعى لتزايدها بهذه الطريقة مع الأخذ فى الأعتبار بالاعتراضات الدينية والأخلاقية المفروضة ضده.

الفرع الاول

عودة الغرب في العصر الحديث إلى ما كانت عليه الجاهلية

لا شك من أن التقدم العلمى هو الاساس الذى يدفعنا إلى الأمام وهذا بخلاف الواقع. فالتيار الذى جاء إلينا من الغرب المحمل بالتقدم فى مجال الإنجاب الصناعى هوى بنا إلى الوراء وأن صح التعبير إلى السفل. والدليل على ذلك لو أجرينا مقارنة بين بعض الصور للإنجاب الصناعى والنكاح فى عصر الجاهلية لوجدنا أوجه تشابه بين الطريقتين، مع ضرورة الأخذ فى الاعتبار أن الأخيرة حرمت بنص من القرآن.

إن استئجار الأرحام غالبا ما يرجع إلى العهد القديم، مشيراً إلى مشكلة العقم لـ إبراهيم وزوجته سارة[١]. في قصة الكتاب المقدس فإن سارة أقنعت زوجها سيدنا إبراهيم - عليه السلام - أن يقوم بمعاشرة خادمتها هاجر وكانت نيتها تنصرف الى امكانية الحصول على طفل من خلال[٢] هاجر التى ولدت الطفل إسماعيل والذي تم تربيته بواسطة سارة وإبراهيم[٣]. حيث أن البعض يصفون هذه القصة كمحظية أو زوجة ثانية أكثر من أم بديلة[٤]. والحقيقة

---

(١) Ted Peters, Surrogate Motherhood: An Ethical Puzzle, in For the Love of Children: Genetic Technology and the Future of the Family 59-60 (Don R. Browning & Ian S. Evison ed., 1996),

(٢) Id. Both the King James version and the new American standard version have Sarah issuing her intent in the first person

وقد فعل ذلك سيدنا إبراهيم الخليل عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام قال أهل الكتاب أن سيدنا إبراهيم عيه السلام – سأل الله ذرية طيبة وأن الله بشره بذلك وأنه لما كان لإبراهيم ببلاد بيت المقدس عشرون سنة، قالت سارة لإبراهيم عليه السلام أن الله قد احرمني الولد فأدخل على أمتي هذه لعل الله يرزقني منها ولدا فلما وهبتها له دخل بها إبراهيم عليه السلام فحين دخل بها حملت منه إسماعيل عليه السلام وولدته ولإبراهيم من العمر ست وثمانون سنة قبل مولد إسحاق بثلاث عشر سنة (قصص الانبياء – للإمام أبي الفداء اسماعيل ابن كثير (- ٧٠١ – ٧٧٤) ص ١٥٢ دار عمر بن الخطاب طبعة أولى (١٤٠١ – ١٩٨١)

(٣) Gnesis 16:15

(٤) g., katy Ruth Klinke, The Baby M Controversy: A Class Distinction, 18 Okla. City U.L. Rev. 113, 115 (1993) (giving several examples).

هى أن قبل ظهورعقود الاستئجار الأرحام فإن ممارسة استئجارالأرحام كانت مع الأم البديلة التي ربما تكون صديقة أو فرد من الأسرة.

وعلى هذا النهج كان التلقيح الصناعي يطبق بطريقة واضحة في الجاهلية وكان يدعى بنكاح الاستبضاع الذي سيرد ذكره أن شاء الله تعالى وفى رأى هذه الصورة تطبق اليوم كما هي ولكن بمسميات اخرى إذاً كان بمنى غير الزوج.

ولقد كان للإسلام السبق الأول في مجال التلقيح الصناعي في الوقت الذي لم تضع له معظم القوانين الحديثة أي نظام قانوني له حتى يومنا هذا والدليل على ذلك أن فقهاءنا الأوائل تعرضوا لهذه المسألة في أبواب مختلفة من كتب الفقه في نفس الوقت الذي لم يتوصل أهل الطب إلى أية معلومات عنه، كما وأهتم علماؤنا القدامى وقدموا وصفات وفقا لمعارف عصورهم تعالج العقم في كتاب " الرحمة في الطب والحكمة " باب بعنوان معالجة عدم الحمل[1].

وتتعدد صورالتبرع بالنطفة المذكرة مثل: تخصيب الزوجة بمنى رجل أجنبى خارجيا ثم زرعها فى رحم الزوجة, وهى تشبه نكاح الاستبضاع الذى كان شائعا ومعروفا فى الجاهلية عند العرب, حيث كانت المرأة تذهب برضا زوجها إلى أحد المتميزين بصفات النجابة وتحمل منه وتنسب الولد لزوجها. ولا بأس علي الزوجة التي أجرت رحمها بعد أن يعاشرها زوجها بعد أن تمر فترة الإخصاب كما رأي الرجل الجاهلي أنه يباح له معاشرة زوجته بعد أن يطمئن إلى أن الفحل المختار قد تمكن من إخصابها. كما أنها تشبه قضية " الصوفة "

فقد روى عن البخاري وأبو داود(٢) قال يحيى بن سليمان: حدثنا ابن وهب، عن يونس. حدثنا أحمد بن صالح: حدثنا عنبة. حدثنا يونس، عن ابن شهاب اليوم: اخبرني عروة بن الزبير: أن عائشة زوج النبى — ﷺ— أخبرته: أن النكاح فى الجاهلية كان على أربعة أنحاء: -

---

(١) الرحمة فى الطب والحكمة للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى ص ١٥٠ مطبعة الفجر الجديد

(٢) البخارى ج ١٩ ص ٩٦ , ٩٧ الحديث ٢,٤٨. كتاب النكاح , ابو داود ج٢ ص ٢٩٠ , الحديث ٢٢٧٢, كتاب الطلاق.

منها نكاح الناس اليوم:

يخطب أخر: إلى الرجل وليتة أو ابنة فيصدقها ثم ينكحها

ونكاح أخر:

كان الأخر: قول لامرأته إذا طهرت من طمثها: ارسلى إلى فلان فاستبضعى منه ويعتزلها زوجها ولا يمسها أبدا حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذى تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب. وإنما يفعل ذلك رغبة فى نجابة الولد فكان هذا النكاح نكاح " الاستبضاع".

ونكاح أخر:

يجتمع الرهط ما دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم يصيبها، فإذا حملت ووضعت ومر عليها ليال بعد أن تضع حملها، أرسلت أليهم، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع، حتى يجتمعوا عندها، تقول لهم: قد عرفتم الذى كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان تسمي من أحبت باسمه فيلحق به ولدها، لا يستطيع أن يمتنع به الرجل.

نكاح رابع:

يجتمع الناس الكثير فيدخلون على المرأة لا تمتنع ممن جاءها – وهن البغايا – كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علم فمن أرادهن دخل عليهن. فإذا حملت إحداهن ووضعت حملها جمعوا لها ودعوا لهم الكافة. ثم الحقوا ولدها بالذي يرون فالتات به. ودعا ابنه، لا يمتنع من ذلك فلما بعث محمد – ﷺ – هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم.

وهناك صورة أخرى وهى قضية الصوفة التى عرفتها العامة وقت لم يكن هناك أطباء بمعنى الكلمة بل كان الطب فى ايدى القساوسة أو فى ايدى القابلات. وهذه الصورة بذاتها تطابق اليوم صورة الإنجاب بمنى غير الزوج وكانت تطبق فى الجاهلية وقبل الإسلام بطريقة ظاهرة وواضحة للجميع فيما يسمى بنكاح الاستبضاع الذى سبق ذكره وقضية الصوفة كانت تدور بين الزوجات اللاتي لم ينجبن فكن يذهبن إلى القابلات فتعطيهن القابلات "صوفة" يلبسنها أو يضعنها فى موضع الجماع، وهذه الصوفة عبارة عن قطعة من القطن تلوثها القابلة بسائل منوي لرجل أخر. وقد تنجح فى حمل المرأة إذا كان نقص

التخصيب بسبب من الرجل، وفى هذه الحالة تعتقد السيدة التى لم تحمل من قبل أن هذه القابلة قد نجحت معها فى إزالة هذا السبب وتعطيها هدايا ومالا، وتمعن فى إكرامها، وهى لا تدرى أن السم فى الدسم ولاتعلم ماذا فى الصوفة التى تلبسها أو تستعملها[١].

ونستنتج مما سبق أن التلقيح الصناعي ليس جديدا إلا في الطريقة التي يتم بها فهى طريقة قديمة منذ التاريخ وذلك نظرا للاهتمام بالتكاثر والإخصاب، قديما جعلوا للإخصاب آلهة سموها آلهة الإخصاب. وجعلوا لها طقوسا للتقرب لها ولاسترضائها حتى تحجب عنهم العقم. كانت المرأة العاقر في الحضارات القديمة وحتى الحديثة موضع سخرية مما يجعلها عرضة للضغوط الاجتماعية، لذلك كانت من محاولات التخلص من العقم الزواج بأخرى إذا كان العيب من المرأة أما إذا كان السبب يرجع إلى الرجل فتتزوج المرأة بأخر[٢].

لذلك تعتبر ظاهرة تأجير الأرحام ظاهرة طبيعية لبعض الأمم وليست بجديدة أو غريبة بل هناك الأسوأ ويرجع السبب فى ذلك إلى أن نظام الزواج عندهم يختلف عن النظام فى الشرائع السماوية ولله الحمد؛ لذلك سنقوم بدراسة المواد الزواج وحقوق الزوجين عند بعض الأمم قديما لمعرفة الأسباب التى أدت إلى ممارسة تأجير الأرحام

وقد اختلفت الأمم وتباينت[٣] في تحديد الطريقة التي بها يجتمع الرجل بالمرأة. فبعض الأمم ترى وجوب تعدد الزوجات، تكثيراً للنسل وبعضها ترى

---

(١) د/ على ابراهيم.الانجاب الصناعى فى نظر الدين ص ٧٤٤ بحث مقدم فى ندوة لواء الاسلام المنعقدة فى ١٣ رجب ١٣٨٤ - ١٧ نوفمبر ١٩٦٤ م. مجلة لواء الاسلام. العدد ١٢ - السنة الثامنة عشرة - غرة شعبان ١٣٨٤ - ٥ديسمبر ١٩٦٤ م -(انظر قضية ص ٢٤ كتاب د/ عطا السنباطى)

(٢) د/ فردريك لوى - أثر تطبيق التوزيع العادل فى بحوث التكاثر البشرى ص ١٣٣، بحث مقدم فى ندوةا لضوابط والاخلاقيات ١٩٩١م

(٣) مواد الزواج وحقوق الزوجين عند بعض الأمم قديما
مادة ١٤٤ - إذا تزوج رجل كاهنة وأعطته جارية لتلد البنين ثم أدار الرجل وجهه ليتزوج خليلة فينجب منعه من التزويج بها ولا يجوز له اتخاذ خليلة.
مادة ١٤٥ - إذا تزوج رجل كاهنة ولم تلد له أولادا وقرر أن يتزوج خليلة ثم تزوجها وجاء بها إلى بيته فالخليلة سوف لا تكون في مستوى الكاهنة.
ص ٥١٦

=

وجوب تعدد الأزواج للمرأة الواحدة خصوصا في البلاد التي يقل فيها عدد النساء عن الرجال كما أن بعض الأمم يقتصر زوج واحد لزوجة واحدة. ولذلك فقد بات لازما أن تناول هذه الأنظمة حتى نستنتج الأسباب التى ساعدت على تقبل نظام الإنجاب بتأجير الأرحام.

النظام الأول: تزوج المرأة بعدة رجال: عند بعض الأمم يوجد نظام يباح بمقتضاه لجماعة من الرجال أن يشتركوا في زوجة واحدة فتكون حقا مشاعا بينهم. ويكثر ذلك في الشعوب البدائية وفي هذا النظام قد تختلف منزلة الأزواج وقد تتحد. فيكون الأزواج تارة علي قدم المساواة في الحقوق والواجبات والأبوة للذرية. فيعتبرون جميعاً اباء لمن تأتي به الزوجة من أولاد. وتارة يعتبر أحد الأزواج زوجا اصيلا فينسب إليه وحده جميع من تأتي به المرأة من أولاد ويعتبر من عداه أزواجا من الدرجة الثانية لهم مساكنة الزوجة في مقابل بعض الواجبات التى تلقى علي عاتقهم أو بغير مقابل. ويكون هذا في بعض الأحيان في الأزواج الذين بينهم رابطة قرابة فيعملون على الاشتراك في زوجة واحدة. ويوجد ذلك النوع في جنوب الهند وعلي حدوده الشمالية وخاصة لدى قبائل (جوانواريس. زيلندة الجديدة – وجزائر ماركيز وجنوب أمريكا.

وفي بعض جهات كناريا من غرب أفريقيا وفي اليوسيين من آسيا وجبال هماليا وغير ذلك من السكان. فقد جرت عادتهم أن يتزوج الأخ الأكبر فتصبح زوجته زوجة لجميع اخوته. والمرأة تتمتع باخلاص جميع أزواجها. ومصالح البيت تكون موزعة علي هؤلاء الأزواج.

ويضاف إلى ذلك أن الحكومة الهندية تحاول اخضاع هذه القبائل لقانونها العام الذي لا يبيح مثل هذه الحالة. والعقائد الدينية عند هذه القبائل لا تزال

=

مادة ١٤٦ – إذا تزوج رجل بكاهنة وجاءت له بخادمة لتلد له أولاداً ثم أن الخادمة أقامت نفسها مقام سيدتها لأنها ولدت له أولاداً فليس للكاهنة زوجة الرجل أن تبيعها بفضته ولكن لها أن تربيها وتعدها من بين العبيد.
مادة ١٤٧ – إذا لم تلد الخادمة لسيدها أولاداً حق لزوجته الكاهنة أن تبيعها بفضته.
مادة ١٤٨ – إذا تزوج الرجل بامرأة ثم وقعت في المرض وقرر أن يتزوج غيرها فله أن يفعل ذلك ولكن ليس له أن يطلق زوجته الأولى التي أصابها المرض أما هي فلها حق السكنى في زوجها الذي بناه وعليه أن يعينها مادامت في قيد الحياة.

تعوق جهود المصلحين ويظهر أن هذا النظام نتيجة الفقر وعدم وجود القدرة عند الرجل علي القيام بشئون أسرة مستقلة يقوم فيها بشئون ابنائه. وفي بعض قبائل العرب في الجاهلية كان الولد يشارك اباه في زوجته.

والشكل الثاني لهذا النظام أن يتاح تعدد الرجال لامرأة واحدة بدون تقيد بوجود رابطة قرابة بين الأزواج. وهذا النوع كان موجودا في الجاهلية. وقد يباح التعدد علي وجه يجعل الزوجة متصلة بزوج واحد ويباح لغيره أن يساكنها لا علي أنه زوج.

ويسمى هذا نكاح الاستبضاع. قد كان شائعاً عند الرومان وفي الجاهلية. فقد كان الزوج يسمح لزوجته أن تتصل برجل عظيم لتأتي له بأولاد نجباء ينسبون إليه ويحملون اسمه. بل كان هذا النوع يعد من الفضائل عن الاسبرطيين. وقد كثرت انواع أتصال الرجال بامرأة واحدة. ومن عيوب هذا النظام أنه يؤدي إلى ضعف غريزة الغيرة عند الرجال علي النساء. لأن المرأة تصبح مشاعة بين رجال متعددين لا تحمل النخوة واحدة منهم علي المحافظة علي كرامتها[1].

النظام الثانى تزوج الرجل بامرأة واحدة: وقد أخذ بهذا النظام كثير من المجتمعات الإنسانية قديمها وحديثها متحضرها وبدائيها.ومن انظمة الزواج نظام يوجب ألا يتزوج الرجل بأكثر من امرأة واحدة في وقت واحد ولا المرأة أكثر من زوج واحد كذلك. وساد علي الأخص في العصور القديمة عند قدماء اليونان والرومان ويسير عليه في العصر الحاضر جميع الأورويبين وسلالاتهم بامريكا واستراليا وغيرهما وقد جعلته المسيحية المثل الأعلى للزواج.

وجدير بالذكر لم يرد في الانجيل نص صريح يدل علي تحريم تعدد الزوجات. وإنما فهم بعض الفقهاء المسيحين هذا المعنى من عبارة في الانجيل لا تدل دلالة صريحة علي ذلك.

وقد صارالمسيحيون القدامى على هذا النظام لأن معظم الأمم الأوربية التي انتشرت فيها المسيحية في أول الأمر ومنهم اليونان والرومان ومن إليهم –

(١) د/ على عبد الواحد وافى الأسرة والمجتمع ص ٥٨ - ٦٦/ الأستاذ/ محمد صبرى - المقارنات والمقابلات ص ٣٢٢ – ٣٢٤ مشار إليهم فى كتاب الزواج والطلاق فى جميع الأديان – تأليف فضيلة الشيخ عبد الله المراغى – ١٩٦٦م – مطبعة المعرفة.

كانت التقاليد عندهم تحرم تعدد الزوجات, وقد سارت علي هذا النظام بعد اعتناقها المسيحية علي ما وجدت عليها اباءها فلم تكن وحدة الزوجة لديها نظاما طارئاً جاء به الدين الجديد الذي دخلت فيه, وإنما كان نظاما قديما جرى عليه العمل قبل ذلك.

غير أن أوضاع الكنسية المسيحية قد استقرت الان علي تحريم هذا التعدد, واعتبرت هذا التحريم من تعاليم الدين كما يتضح ذلك جليا عند الكلام علي الزواج عند المسيحيين[1] ولهذا النظام أضرار تلحق بالمجتمع الذي يسوده, لأن عدد الأخدان والعشيقات يزدن في تلك البلاد زيادة تخل به. ونرى أن من ضمن أسباب تقبل العرف لهذه الشرائع فكرة تأجير الأرحام هو نظام وحدة الزوجة أي عدم السماح بالجمع لأكثر من زوجة وبعد نضوج المسالة ووضوح الرؤية تبين لنا أن في التقصير هنا من وجهة نظرنا يرجع إلى الأشخاص دون نصوص الشرائع وذلك لأن أحكامهم لا تخلو فى معظم الأحيان عن الرغبات الجامحة والشهوات.مما أدى إلى تقبل العرف عندهم عملية كتأجير الأرحام.

أما صور التبرع بالنطف المذكرة أو أخذ مقابل عنها وهى نفسها تشبه قضية الصوفة التى سبق ذكرها كما أنها تشبه نكاح الاستبضاع الذى كان شائعا فى الجاهلية وأن كانت هذه الصور أصبحت اليوم بفضل ما يدعون به من تقدم تأخذ شكلا تنظيميا أحيانا غاية ما فى الأمر أن نكاح الاستبضاع كان يتم بلقاء جنسى بين الرجل الأجنبي والمرأة، أما فى هذه الصورة أى "بنوك النطف " فإن النطف توضع عن طريق الإنجاب الصناعى الداخلي بالحقن، وقد انتشرت بنوك النطف والأجنة مع الأسف الشديد فى الولايات المتحدة وغيرها كإسرائيل واليابان, ولن يكتفي بذلك بل وتوغل الموضوع إلى الدول الإسلامية والعربية، ويبلغ عدد الأطفال المولودين بهذه الطريقة عدة ملايين فى مختلف بقاع الأرض وتشغل هذه البنوك فى الغرب زحاما كبيرا لتحقق أرباح خياليه. ومن وجهة نظري اعتقد أن تحقيق الأرباح سواء ان كانت

(١) المرجع السابق، ص ٧٢.
المقارنات والمقابلات ٣٤١

مادية او سياسية هو السبب الاساسى لهذه العملية وليس السبب هو خدمة هذا الكتاب العلمي وحل مشكلة الإنجاب.

كما جاء ابن النفيس في كتابه الموجز في الطب حيث ذكر الأعضاء التناسلية لكل من الرجل والمرأة والأمراض التي تصيبها والعلاج منها وكيفية معرفة نوع الجنين........وهكذا[1].

فعلى سبيل المثال لو نظرنا في فقه الأمام جعفر(٢) إذا واقع الرجل زوجته ولما قام عنها ساحقة بكرا فانتقلت نطفة الزوج من الزوجة إلى البكر وحملت فما هو الحكم في الحد ومهر البكر والحمل؟

وجاء في صاحب مغنى المحتاج(٣) في كتاب أمهات الأولاد حيث بين في سياق حديثه عن كيفية ثبوت أم الولد لأمه فأشترط لذلك أن يكون الماء محترما، وذلك بأن يكون الإنزال والاستدخال في حال حياة السيد فقال: "وخرج بقولنا في حال حياته ما إذا استدخلت منيه المنفصل في حال حياته بعد موته فلا يثبت به أمية الولد لأنها بالموت انتقلت إلى ملك الوارث".

وهكذا تبين لنا أن التلقيح الصناعي بأنواعه ليس بجديد حيث أنه كان معروفا قديما عرفه العامة وقت لم يكن هناك أطباء متخصصون بل كان الطب يمارس من خلال القساوسة أو القابلات[4].

---

(١) الموجز فى الطب لعلاء الدين على بن أبي الحزم القرشى امعروف بن النفيس (٦٠٧ – ٦٨٧ تحقيق - عبد الكريم العزباوى، مراجعة د/ احمد عمار د/ رمضان عبد التواب – طبعة ثانية (١٤١٨- ١٩٩١م) ص ٢٤٨ وما بعدها وزارة الأوقاف المجلس الاعلى للشئون الإسلامية

(٢) غفه الأمام جعفر الصادق ج٦ ص٢٨٠. طبعة دار الجواد – بيروت – لبنان - طبعة رابعة سنة ١٩٨٢.

(٣) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٥٣٩.

(٤) د/ على إبراهيم التلقيح الصناعى فى نظر الدين ص ٧٤٤ – بحث مقدم فى ندوة لواء الإسلام المتعقدة فى ١٣ رجب ١٣٨٤ - ١٧ نوفمبر- ١٩٦٤ م مجلة لواء اسلام – العدد ١٢ السنة الثامنة عشر – غرة شعبان ١٣٨٤ – ٥ ديسمبر ١٩٦٤م
تعتبر قضية الصوفة " حيث كانت الزوجات اللاتى لم تنجبن تذهبن اللى القابلات فتعطيهن القابلات الصوفة يلبسنةا أو يضعنها فى موضع الجماع وهذه الصوفة عبارة عن قطعة من القطن تلوثها القابله بالسائل المنوى لرجل آخر وقد تنجح فى حمل المرأة إذا كان نقص التخصيب بسبب من الرجل وفى هذه الحالة تعتقد السيدة التى لم تحمل من قبل أن هذه القابلة قد نجحت معها فى ازالة هذا السبب فتعطيها هدايا ومالاً وتنعم =

وعقب ذلك في البداية كان التلقيح الصناعي قديما يمارس في الحيوانات بغرض تحسين السلالات(1). ثم مع حدوث تطور تدريجي ظهر ما يسمى بتأجير الارحام.

في سنة ١٧٨٠ م قام عالم فسيولوجي إيطالي بترشيح السائل المنوي لذكور الكلاب. وجمع السائل الذي مر من ورقة الترشيح ولقح به إناث الكلاب

=

فى اكرامها وهى لا تدرى أن السم فى الدسم ولا تعلم مإذاً فى الصوفة التى تلبسها أو تستعملها. ويضيف سيادته أن هذه المسألة انتهت بقضية من حوالي ٣٠ سنة حيث كانت امرأة أحد القضاة لا تحمل فذهبت إلى احدى القابلات فى شبرا فألبستها صوفة ثم حملت السيدة ووضعت ولدا اسودا ووصلت القضية إلى المحاكم واتضح أن القابلة نفسها كانت سوداء وكانت تأخذ السائل المنوى لأخيها الاسود مثلها ونقلت نفس المجلة فى ص ٧٥٩ من نفس العدد عن د/ محمد سالم الجراح قصة مشابها حيث يذكر سيادته عن رأى فى طفولته تطبيقا عمليا للتلقيح الصناعي فيقول: كانت لنا جارة اشقاها حرمان من الأولاد واجهدها السعى بين اضرحة الأولياء واقبية العرافين واستعمال الاحجبة والطلاسم دون جدوي وذات يوم ملرت واحدة من ضارابات الرمل ووصلت إلى القرية ضمن " قافلة الفجر " وكانت احدى قوافل الغجر تتردد على القرية بين حين وحين بنسائها واطفالها فيزأول اعضائها فى ١/٨ القرية ما يسر الله لهم من الحرف الشريفة منها والخسيس ثم يرحلون بما استطاعوا الحصول عليه من رزق وهمست احدى احدى الجارات فى إذن ضارية الرمل تسألها أن كانت تستطيع مساعدة تلك السيدة المحرومة من العيال لكى تنجب ولو طفلة واحدة تؤنس وحشتها وتشبع ١١ عاطفة الأمومة عندها وتوثق العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها واجابة ضارية الرمل بكثير من الثقة فى النفس أنها ستحأول جهدها وانا فى اعقابهم كطفل صغير وكشفت ضارية الرمل على رحم السيدة العقيم واكدت أنه ليس بها أي معوق دائم للحمل وأن كل ما هناك أن عندها اصابة ببرد مزمنة ستعالجها هى بقطعة من الصوف تدسها فى الرحم على أن تترك فى مقرها ما لم يقل عن ٢٤ ساعة ويجب أن يتم أتصال بين الزوجين فى خلال الفترة والصوفة مستقرة فى مكان الرحم واتفقت على أجر باهظ تأخذ امقدما ضئيلا منه وترجىء اجله إلى مثل هذا الموسم من قابل حين تعود مع القافلة لتجد السيدة المحرومة العيال قريرة العين بما انجبت وتم الإتفاق فانطلقت ضارية الرمل إلى خيام قافلتها ومضت ساعة أو بعض ساعة عادت بعدها تحمل قطعة صغيرة من العجين واخرى من الصوف وتظاهرت بانها تقرأ عليها العزائم قبل أن تدفع بهما إلى مكان فى الرحم امين واخذت تترقب فى قلق لأعرف أن كان سحر ضارية الرمل سينجح وفجأة فعلاً ببطن جارتنا تكبر ويحدث حينا عن المفجأة السعيدة لجارتنا التى ظات منقودة حتى صنع سحر ضارية الرمل معها ما عجز كل الأطباء والأولياء والعرافين وأصحاب الاحجبة عن القيام به وعادة ضارية الرمل من قبل لتجد صاحبتها سعيدة وتحصل مؤخرا احدها مضاعفا سخيا.

(1) راجع: Mandelbaum – s "Genertion epreuvette – P – M – A" 1991 P – 17 – 18
Snawden Retmitchell. G.D. "la Famille Artificieile 1984 – P.1

فلم يحدث الحمل، ولكن حينما جمع مكون السائل المنوي الموجود على ورقة الترشيح وقام بوضعه صناعيا داخل الأجهزة التناسلية للكلاب حدث حمل.

وفي المملكة المتحدة كان بداية استخدام تقنية الإخصاب الصناعي بتدخل الغير عام ١٨٨١م. وتمت هذه التقنية علي زوجة تاجر من فيلادلفيا. فقد طرحت مشكلته علي طلبة كلية الطب واقترح جميع الطلبة جمع عينات من انشط الطلاب ثم خلطها وحقن الزوجة بها دون علم الزوجين بذلك. ثم تم إعلام الزوج بعد ذلك إلا أنه لم يعترض وقبل الحقيقة باستياء شديد. ولكنه بعد الولادة أظهر سعادة جمة وطلب كتمان الحقيقة علي زوجته. فعندما بلغ المولود الخامسة والعشرين من عمره زاره أحد الطلبة الذين شاركوا في العملية وأخبروه بالحقيقة.

ولقد تم رصد حالات شبيهة بما حدث في فرنسا فقد استعان الإنجليزي "بانكوست" بأفضل طالب – من طلبة كلية الطب – في فصله كمتبرع وكان ذلك قبل عام ١٨٨٤م ولقد استمرت الاستعانة بطلبة كلية الطب كمتبرعين لمدة طويلة. وكان يدفع لهم دائماً إلى أن ظهرت تقنية حفظ النطف الإنسانية عن طريق تجميدها.

ثم تغير تاريخ الإخصاب الصناعي المساعد عندما قام عالم روسي بإجراء دراسات سنة ١٩٠٠ م في الاتحاد السوفيتي على الحيوانات الزراعية المختلفة بدأها بالخيل، واستطاع أن يصف طريقة كاملة لتلقيح الخيل صناعيا، كما بدأ أيضاً في دراسة طرق التلقيح الصناعي في الأغنام والماشية. بعد ذلك اخذ يتطور الإخصاب المساعد. ليأخذ مكانه في تحسين الثروة الحيوانية وبدأ تطبيقه في الولايات المتحدة الأمريكية سنة ١٩٣٨م وفى أوربا قبل ذلك بقليل وللإخصاب المساعد في الحيوانات فوائد كثيرة منها القدرة على تلقيح عدد كبير من الإناث من الطلائق الممتازة. فمن المعروف أن الطلوقة التامة النمو يمكن أن يلقح حوالي ٧٠ : ١٠٠ بقرة سنويا تلقيحا طبيعيا أما في حالة الإخصاب المساعد فإن مثل هذا الذكر يمكنه أن يلقح على الأقل ١٠٠٠ بقرة في السنة أي بزيادة قدرها عشرة أمثال القدرة الطبيعة. ومنها حماية الذكور والأبقار من العدوى ببعض الأمراض. حيث يمكن بأتباع الإخصاب المساعد المحافظة على الذكور من العدوى ببعض الأمراض

التناسلية التي تنتقل إليها عن طريق وثبها على الإناث المريضة وبالتالي منع انتشار أي مرض تناسلي من أية أنثى مصابة في التلقيح – عن طريق الذكر – إلى بقية أفراد القطيع ومنها رخص تكاليف الإخصاب المساعد حوالي ٥٠ ٪ عن مثيلاتها بالنسبة للتلقيح الطبيعي وغير ذلك كثير.

وبعد ذلك بدأت تقنية استئجارالأرحام في عالم الحيوان في صورة استخلاص مجموعة من بييضات بقرة أو جاموسة أو أنثى أي حيوان آخر ذات صفات وراثية جيدة, بشرط أن تفرز مبايض البقرة الأم عددا كبيرا من البويضات نتيجة تحفزها بهرمونات إخصاب معينة تؤثر في هذه المبايض, وتجعلها تنتج أعدادا كبيرة من البويضات, ثم تؤخذ البويضات في أنابيب اختبار وتنقل في الأرحام أبقار عادية ليست جيدة الصفات, ثم يجرى تلقحها بطريقة طبيعية, وذلك عن طريق إعطاء الفرصة لثور O X ممتاز الصفات لتلقيحها وإلا سيقوم البيطريون المتخصصون بإجراء هذا التلقيح صناعيا فيحدث الحمل والإخصاب وتحمل كل بقرة في عجل ليس من أصلها ثم تلده[١].

وفي عام ١٩٥٧م أظهر أول تحقيق لإتحاد أطباء النساء والتوليد الفرنسي أن بعض الأطباء يمارسون هذا النوع من التلقيح عن طريق متبرعين عزاب مدفوع لهم Donneurs Celiba Tairs Payes, لكن التحقيق لم يستمر وحفظ علي الفور[٢], ومع انتشار مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي بفرنسا وفتح أبوابها للطالبين للتقنية بدأ عدد الأطفال المولودين بهذه الوسيلة في التزايد[٣]. وفي سنة ١٩٥٩م تم رصد عشرين ألف حالة تقريبا بالولايات المتحدة الأمريكية, نتيجة التلقيح

---

(١) د/ كارم السيد غنيم: الاستنساخ والانجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء – الطبعة الأولى – ص ٢٤٥ دار الفكر العربى – بيروت ١٩٩٨ م

(٢) د. رضا عبد الحليم – الحماية القانونية للجين البشرى " الاستنساخ وتداعياته – الناشر دار النهضةالعربية – ١٩٩٨م – ص ٥٤. وأشار سيادته إلى:
Delaiside de Parseval – El-A. Pratiqueancinne R – Projet No 195 – 1985 – p.20.

(٣) وصل عدد هؤلاء الأطفال المولودين عن طريق تنقية الإنجاب الصناعي بتدخل الغير في عام ١٩٩٢م إلى ٢٥ ألف طفل.
انظر: Barriere, P. "Partique De La P-A" 1993 – P – 239

الصناعي بصفة عامة[1]. ويلاحظ التأثير المباشر الفعال للمقابل المالي علي عدد المعطين ونوعياته من خلال الآتي: "أنه في إحدى الدراسات المنشورة حول عدد المعطين من عام ١٩٧٣م حتى عام ١٩٧٦م تبين أن الغالبية العظمى منهم من الشباب, ومثلت شريحة الطلبة ٧٢,٨٪ من النسبة الكلية في حالة المعطين المدفوع لهم, وما لبث أن اختلف الحال تماماً بعد حظر المقابل المادي بمقتضى القانون رقم ٩١ —١٤٠٦ الصادر عام ١٩٩١م.

فحينئذ عادت المراكز بشدة من نقص عدد المتبرعين أمام الطلبات السنوية المتزايدة وطالت مدة الانتظار في بعض المراكز لأكثر من عام[2]", ومن البديهي أن هذه المراكز كان لابد لها من وضع قواعد تنظيمية لتضمن بها حسن سير العمل بداخلها وذلك قبل صدور التشريع الحالي (قانون رقم ٩١- ١٤٠٦ الصادر في ١٩٩١م), وبالفعل وضعت قواعد تنظيمية تتعلق بالنواحي الصحية بغية ضمان خلو المعطي أو المتبرع من الأمراض الخطيرة والتي من المحتمل انتقالها إلى الجنين بعد الإخصاب. هذا من جهة ومن جهة ثانية وضعت هذه المراكز قواعد تنظيمية تضمن بها أن التبرع من زوجين COUPLE ولأجل زوجين، وسبب ذلك أن هذه المراكز قد رفضت العملية إذا كان المعطي أو المتبرع رجل أعزب أو امرأة عزب.

هذا بالإضافة إلى أنه تم لأول مرة في فرنسا سنة ١٩١٨م تلقيح المرأة بمنى رجل آخر غير زوجها، وانتشر بسرعة ففي سنة ١٩٣٥م ولم تسجل في إنجلترا إلا حالة واحدة، وفي أمريكا جرى التلقيح لنحو عشرين ألاف امرأة، وقدر رسمياً عدد أطفال التلقيح الصناعي سنة ١٩٤١م بنحو ٣٦٤٩ طفلاً هذا غير ما خفي عن الإحصاء.

---

(١) د. رضا عبد الحليم – المرجع السابق – ص ٥٥، وفي مجال مقارنة التقنية محل البحث مع التبني يراجع سيادته – نفس المرجع – ص ٥٥: ٥٦.

(٢) فبلغ عدد الطالبات السنوية للمراكز ما بين ٢٥٠٠ إلى ٣٠٠٠ طلب وعدد المتبرعين منذ عام ١٩٨١م يتراوح ما بين ٧٠٠: ٨٠٠ متبرع سنويا انظر: Terre – F. "L'enfant Esclave" 1987 – P – 52.

وفي نيويورك ظهر أول بنك للأجنة المجمدة سنة ١٩٨٣[١]، يضاف إلى ما سبق أنه قد أنشئت جمعيات للأمهات البديلة، ففي مدينة لوث أنجلوس في الولايات المتحدة الأمريكية، تكونت جمعية تسي " جمعية الأمهات البديلات" يتوافد عليها عدد كبير من الأزواج مستعدون لدفع آلاف الدولارات لامرأة تحمل طفلاً عن طريق التلقيح الصناعي.

وفي مصر بنوك لحفظ الحيوانات المنوية والبييضات غير المخصبة وكذلك المخصبة، حيث تم إنشاء أول بنك لهذا الغرض في مصر سنة ١٩٩٦م.

أصدر قانون تنظيم إجراءات الإنجاب من خلال الأم المستأجرة في المملكة المتحدة عام ١٩٨٥[٢]، وقد اتجه المشرع إلى تحريم كافة الإجراءات التحضيرية أو التنفيذية المتعلقة بالوسيلة المشار إليها إذا كان الدافع هو الاتجار والتي تصدر من الغير سواء بالنسبة للأفراد أم الهيئات، أيا كانت طبيعتها ويندرج تحت ذلك أفعال التحريض والاتفاق والمساعدة والإعلان.

ولا يخضع الطبيب وفقاً لذلك القانون إذا اقتصر سلوكه علي إجراءات مساعدة الأم علي الوضع أو الإشراف علي الحمل بعد حدوثه. إذا لم يكن قد شارك في الأعمال السابقة علي ذلك التي يجرمها المشرع، والتي تهدف إلى تشجيع هذه الوسيلة خاصة إذا كان الغرض هو الربح[٣].

وأعلنت الحكومة الهولندية عام ١٩٨٨م أن هذه الوسيلة محل هذا الكتاب غير مرغوب فيها وأنه لا وجه لتنظيمها أو الرقابة علي تنفيذها؛ لأن ذلك يعني الاعتراف بها والتشجيع عليها وحذرت الأطباء من اللجوء إليها[٤].

فهناك شبه إجماع في مختلف دول العالم حول تجريم الاتجار في مجال التلقيح الصناعي بصفة عامة والأم البديلة خاصة. ففي فرنسا تعاقب المادة ٢٢٧- ٥ من قانون العقوبات الصادر في ٢٢/ يوليو ١٩٩٢ علي عدم تقديم

---

(١) على يد العالم المصري الدكتور / سعد حافظ

(٢) Surrogacy Arrangement, Act، ١٩٨٥.

(٣) Medical Law, Ian kennedy and Andrew Grubb. P.712

(٤) المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، محمد عبد الوهاب الخولي، ص ١٠٢.

الصغير إلى من له حق عليه. كما يعاقب المشرع في (المادة ٢٢٧- ١٢) من ذات القانون "كل من يحرض الوالدين أو احديهما علي ترك الطفل حديث الولادة أو علي وشك الولادة وذلك سواء أكان ذلك مقابل فائدة مالية أم وعد بها أم تهديد أم إساءة استعمال السلطة. ويشدد المشرع العقوبة في حالة التوسط بدافع الربح بين من يرغب في تبني طفل وأحد الوالدين الذي يرغب في ترك الطفل عقب الولادة أو قبلها. كما تعاقب (المادة ٢٢٧- ١٣) علي تغيير الحالة المدنية للطفل.

وتنص (المادة ١١٢٨ من القانون المدني الفرنسي) بأن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا إذا كان محله مما لا يقبل التداول مثل الإنسان الآدمي. فإذاً نشأت منازعات حول تسليم الطفل في حالة استخدام وسيلة الأم البديلة في الإنجاب فلا يتم الفصل فيها وفقا للعقد ؛ لأنه باطل بل يكون الرجوع بشأنها إلى القواعد العامة واختيار الحل يكون وفقاً لمصلحة الطفل[1].

وعلي الرغم من أن المشرع السوداني لم ينص صراحة علي بطلان الحالة موضوع الكتاب إلا أن القواعد العامة في قانون المعاملات السوداني لسنة ١٩٨٤ تجعل مثل هذه العقود باطلة باعتبارها عقود غير مشروعة إذ تنص المادة ٧٨ منه علي أنه "

يجب أن يكون محل العقد جائزا شرعا وإلا كان العقد باطلا. وتنص (المادة ٨٤ - ٢-) من ذات القانون بأنه "يجب أن يكون السبب سبب العقد موجودا وصحيحا ومباحا وغير مخالف للنظام العام أو الآداب). فإذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب لأنه يتعلق بالتصرف في جسم الإنسان بما يخالف القانون والآداب العامة والنظام العام. كما أن علاقة الشخص بأسرته وماله من حقوق وما عليه من واجبات.

وهناك دليل على أن هناك ما سيتضح مستقبلا من تطورات ربما تكون خارجة الآن عن التصور العقلي أو المنطق ولكن بعد حين من الزمن سوف تكون

---

(١) المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، محمد عبد الوهاب الخولي ص ١٠٠ وما بعدها. المسئولية المدنية والجنائية للطبيب، ايهاب يسر، ص ١١٨.

معتادة وخير مثال على ذلك التصور[١] عند حديثه عن أول طفلة ولدت عبر التلقيح الصناعي، قائلاً: " أن لويز براون بنت أبيها وأمها ولكن ماذا لو أن أنها كانت فاقدة الرحم فنمت لويز في رحم امرأة أخرى تحملها وتلدها؟ بنت من تكون؟ وهل الثمرة بنت البذرة أو بنت الأرض؟ سؤال ليس له من الشأن في عالم النبات ما له في عالم الإنسان[٢].

الفرع الثاني

التطور التكنولوجي للإنجاب الصناعي[٣]

---

(١) جاء هذا في حديث.د/ حسان حتحوت قبل حدوث هذه العملية عام ١٩٧٩ م في مجلة العربي

(٢) مجلة العربي —ع٢٤٢ — ١٩٧٩م —مقال (ليست ابنة انبوب اختبار —د/ حسان حتحوت — ص٤٧.

(٣) الاستنساخ قنبلة بيلوجية – سلسلة العلوم التكنولوجية – د/ كامل زكى حميد – مراجعة د/ احمد مستجير ٢٠٠٧ م تنفيذ الهيئة المصرية العامة للكتاب – ص ٣٢ – ٣٧

- في عام ١٩٧٠، صدر مقال للعالم "الين توفلر" بعنوان "صدمة المستقبل" يتناول فكرة أن الإنسان قد يخضع إلى قوانين جبرية بواسطتها يمكن السيطرة على نوعية تناسل الجنس البشري، وأن توافر الظروف الوراثية والتشريحية الملائمة يقود إلى انتاج انسان جديد، وأن الإنسان هو القادر على تحديد نوعية الجنس البشري الناتج طالما يملك الأمكانات للتحكم في الظروف.. واستطرد "توفلير" موضحاً أن العلم لديه القدرة على انتاج جسم بشري يمكنه القيام بمهام محددة لا يستطيع غيره القيام بها.. وهي فكرة تماثل الفكرة الحالية لانتاج الإنسان "السوبرمان" الذي تتجمع فيه أفضل الجينات لكل الصفات، وذلك بالهندسة الوراثية وتقنياتها اليت امل العلماء عن طريقها في الوصول إلى ذلك.

والجدير بالذكر أن الخيال العلمي لم يتوقف بعد استنساخ النعجة "دوللي" بل زاد انتاج قصص الخيال العلمي خاصة تلك المتعلقة باستنساخ البشر، وفي عام ٢٠٠٠ انتج فيلم من هذه النوعية يتناول ما يمكن أ، يحدث في هذا المجال في عام ٢٠٠٨، ولقد عرض التليفزيون المصري هذا الفيلم باسم "المستنسخ Cloned". وهو يحكي قصة سيدة تدعى "سكاى" كانت تعمل في أحد المستشفيات، وكان أستاذ التكاثر في هذا المستشفى "كوزاك" قد سبق أن عالجها كي تنجب بتقنية أطفال الأنابيب وأن ابنها الذي حصلا عليه ويسمى "كريس" قد غرق في حادثة ولم ينتشلا جثته من الماء، ولم تكن سكاى قادرة على الإنجاب مرة أخرى لعدم مجود بويضات صالحة للإخصاب، وبالمصادفة وبعد عام من غرق ابنها شاهدت في أحد المنتجعات طفلا شديد الشبه بابنها المتوفي حتى أنها حسبته هو، وحاولت الأمساك به وعندما قابلت والدته عرفت أنها انجبت هذا الطفل عن طريق تقنية أطفال الأنابيب من نفس بنك البويضات في معمل الدكتور "كوزاك"، وهنا ارتابت "سكاى" في الأمر وساورها الشك أنه حدث اختلاط في الانساب عند نقل البويضات والحيوانات المنوية وأن الولدين توامان، وعندما واجهت الطبيب بما يراودها من شكوك طلب منها أن تمده بشعرة من شعر ابنها المتوفي (من =

نستعرض في تدرج التقـدم في تكنولوجيا الإنجاب والتناسل وزراعة الأجنـة

والإخصاب خارج الرحم، محاولين توضيح المفارقات التي حدثت والتي تعد في حقيقة الأمر حمل لأفكار إيجابية ولكن حدث لها تسمم فكرى كان من نتاجها في النهاية تأجير الأرحام والاستنساخ اللاجنسي من خلايا جسدية كما حدث في استنساخ النعجة "دوللي". وذلك من خلال عرضنا لبعض القضايا والأحكام التي ترتبت عليها وأخيرا سنقوم بعرض عروض السيدات المصريات والعربيات لإيجار أرحامهن.

أول عملية تلقيح صناعي Artificial Insemination

في أواخر القرن الثامن عشر وقبل نهايته بعام واحد (١٧٩٩)، نجحت أول تجربة تلقيح صناعي في العالم وتم إحداث الحمل بإيصال الحيوانات المنوية للرحم بطريقة صناعية.

وتلا ذلك فترة ركود طويلة في هذه الناحية. ولم يسجل التاريخ العلمي طوال القرن التاسع عشر (مائة عام) ويزيد أية خطوات تقدمية في هذا المجال.

إنتاج أجنة حيوانية في أنبوبة اختبار:

وباقتراب منتصف القرن العشرين نشطت التجارب والمحاولات في أبحاث الخصوبة وظهرت نجاحات عديدة، ففي عام ١٩٤٤ تمت أول محاولة لتنمية وإنتاج أجنة حيوانية عن طريق أنابيب الاختبار، أي بطريقة أطفال الأنابيب وأن

=

الذكريات اليت تحتفظ بها) وشعرة من الطفل "تومي" شبيهة وعينات من الخلايا لكي يطمئنها بانه لم يحدث اختلاط وأن عمله ببنوك البويضات لا تشوبه شائبة، وحاول الدكتور "كوزاك" ابعاد الشبهة عن معمله بالتحايل العلمي على تجربة المقارنة بين جزيئات وجينات الطفلين. ولكن "سكاى" لم تقتنع بالنتيجة وصممت على تتبع الموضوع وساعدها أنها كانت تعمل في نفس المستشفى الذي يوجد به معمل الدكتور "كوزاك" وتمكنت بطريقة ذكية من التسلل خلسة إلى المعمل الخاص بابحاث كوزاك واكتشفت أنه يقوم باستساخ قلب انسان وأنه يحاول استنساخ البشر، وهنا زادت هواجسها وارتابت في التجربة اليت أجراها على الحمض النووي للطفلين، ولذلك أرسلت عينات الشعر وعينة دم من خلاياها وخلايا زوجها إلى مختبر علمي آخر والذي جاءت نتائجه تؤكد تطابق الحمض النووي للطفلين.

صح القول "حيوانات الأنابيب"، أي إحداث الإخصاب خارج الرحم ثم يعاد زرع الجنين وتثبيته في رحم الحيوان الأم وتركه لإتمام فترة الحمل.

ولادة عجل باستخدام حيوانات منوية مجمدة:

في عام ١٩٤٩، تمكن العلماء من حفظ الحيوانات المنوية للثيران النطفة، في الجليسرول عند درجة (- ٧٩م) ومن هذه التقنية للمحافظة على الحيوانات المنوية حية وفي حالة مجمدة تم الانتقال بعد ذلك لاستخدام هذه الحيوانات في التلقيح. وبالفعل تمت ولادة أول عجل باستخدام حيوانات منوية سبق تجميدها في عام ١٩٥٢، وذلك بإعادة تسبيل الحيوانات المنوية وإعادتها إلى حالتها الطبيعية وإحداث تلقيح صناعي لبقرة، وتم الحمل بنجاح وولد العجل عن هذا الطريق.

وكان قد سبق هذا الحدث بعام (أي سنة ١٩٥١) نجاح محاولات نقل النطفة، إذ حدث الحمل في بقرة ثم نقلت النطفة إلى رحم بقرة أخرى.

تجميد الأجنة البشرية:

في عام ١٩٦٤، قام عالم الفيزياء "روبرت إيتنجر" بتجميد أجنة الإنسان في مراحل تكوينها الأولى ثم فك التجميد. وتم استكمال نمو الأجنة بعد ذلك دون حدوث تغيرات ملموسة في استمرار النمو وتكون الأعضاء وتمايز الأنسجة[1].

---

(١) ولادة "لويزا براون" أول طفلة انابيب:
وفي عام ١٩٧٨، نجحت أول حالة في التاريخ لولادة طفلة انأبيب وهي البريطانية لويزا براون، حيث قام د. باتريك ستيبتو ود. بوب إدواردز بإجراء تلقيح للبويضة خارج الرحم في الحضانة ثم زرعت البويضة في رحم الأم، والإيجابي في هذه العملية أن الحيوان المنوي والبويضة اللذين تم تلاقيهما خارج الرحم كانا من الأب والأم الأصليين للمولودة لويزا براون.
نزع انوية البويضات الملقحة للفئران، وزرعها في بويضة أخرى:
وفي عام ١٩٧٩، قام العالم السويسري كارل ألمنس بأخذ بويضة ملقحة (زيجوت) من فأرة ونزع نواتها، ثم زرع هذه النواة في بويضة ملقحة أخرى منزوعة النواة (مأخوذة من فأرة أخرى) ثم زرعت البويضة الملقحة المعدلة في رحم الفأرة الثانية أو فارة أخرى) ثم زرعت البويضة الملقحة المعدلة في رحم الفأرة الثانية أو فأرة أخرى - ثالثة وتم نمو الأجنة بشكل طبيعي. والنتيجة التي تستخلص منتجربة كارل أن البويضة الملقحة -أى بويضة ملقحة -
=

تجميد الأجنة وإعادة زراعتها(١)

في عام ١٩٧٢ ، نجحت ولادة أول عجل من أجنة مخصبة مجمدة ، فبعد إخصاب البويضة في رحم بقرة تم نزع الجنين وجمد لفترة, ثم أعيد تثبيته أو زراعته في رحم بقرة أخرى واكتمل الحمل ، وتمت ولادة عجل بهذه الطريقة.

إخصاب البويضات البشرية خارج الرحم:..

وفي عام ١٩٧٣ ، تمكن طبيب من المتخصصين في الإخصاب المجهري وهو الدكتور "لاندرام. ستيلز" وبمشاركة زميله الدكتور "ويليام سويني" وهو

=

يكون لديها الاستعداد للانقسام حتى لو نزعت نواتها وأدخل بها نواة خلية تحتوي على جهاز كامل للكروموزومات من خلايا نوع الحيوان نفسه.

(١) ولادة طفل من جنين تم تجميده عشرون عاما — انجبت امرأة فى الثانية والاربعين من عمرها فى الولايات المتحدة طفلا من جنين تم تجميدة لنحو عشرون عام وطبقا للمجلة الخصوبة والعقم الأمريكية فإن العالم لم يعرف حتى الان جنينا جمد لهذه الفترة الطويلة وتم نقله إلى رحم امرأة بعد تحوله من الحالة المجمدة إلى الحلة السائلة التى هى عبارة عن بويضة مخصبة بحيوان منوى بعد فترة تجميد استمرت تسعة عشر عام وسبعة اشهر وكانت الأمراة تخضع للعلاج منذ عشرة اعوام والجنين الذى حصلت عليه تبرع به زوجان هو واحد من خمسة اجنه تم اسالتها لكن لم يبقي منهم على قيد الحياة سوى اثنين زرع فى رحم الأم التى ولدت الجنين المذكور حيث نجح واحد منهم فقط ويوضح اد/ حسين يوسف استشارى النساء والتوليد وعلاج العقم بمستشفى وأدى النيل أن فكرة تخصيب البيضة بالحيوان المنوى بدأت عام ١٩٧٨ مع ولادة لويزا براون — أول طفل انبوب في العالم التى نال عنها العالم روبرت ادوارد جائزة نوبل للطب عام ٢٠١٠ وفى ذلك الوقت كانت اساليب تنشيط المبيض محدودة وبالتالي كان الحصول علي عدد وافر من البيضات محدودا وبالتالي كان يتم معظم الأجنة التى تنتج فى عملية التخصيص إلى رحم السيدة فى وقتها وبين أعوام ١٩٨٠ — ١٩٩٠ ت- تطورت اساليب تنشيط المبيض وبالتالي اصبح هناك عدد كبير من البيضات يتم إخصابها في العملية الواحدة ومعها بدأت فكرة نقل عدد محدود من الأجنة من الرحم والاحتفاظ بالأجنة المتبقية باسلوب التجميد عند عمر ٢٤ إلى ٤٨ ساعة للجنين حيث تم اختراع جهاز باستخدام النيتروجيين السائل حيث توضع الأجنة المتبقية في سوائل فسيولوجية تحافظ على على الجنين من الاثار الجانبية لدرجات البرودة المنخفضة جدا التى تبلغ ١٧٠٠ وشائع أن يتم الاحتفاظ بها لعدة اشهر أو سنوات محدودة حيث استخدامها لنفس الأم سواء فى حالة فشل محاولة الاساسية أو فى حال رغبة الأم فى الحصول على طفل اخر وهنا يتم تسييل الأجنة باجهزة ألكترونية برفع درجة حرارتها تدريجيا للوصول بها إلى دجة حرارة الغرفة ٢٢ درجة وغالبا ما نحصل على نسبة من الأجنة السليمه التى يعاد نقلها إلى رحم الأم واضاف د/ حسين يوسف أن نسبة نجاح الحمل فى مثل هذه الحالات ما بين ١٠ و١٥ ٪ ونادر ما تصل إلى ٢٠٪ فى بعض لحالات واضاف أنه توجد اليوم طرق حديثة سريعه وسهلة لحفظ الأجنة وتسيلها فى خلال دقائق معدودات يعدما كان ذلك يتم لمدة ٨ ساعات مع الاجيال القديمة من اجهزة التجنيد - جريدة الاهرم الجمعة ١٥ اكتوبر ٢٠١٠

أستاذ نساء وتوليد بمعهد "كورنيل"، من عزل نطفة من طبيب أسنان وبويضة من زوجته التي كانت تعاني من العقم بسبب تلف قناة فالوب تلفاً لا شفاء منه، وكان العالمان يستعدان لزراعة الجنين الذي تم إخصابه داخل الحضانة في رحم السيدة (زوجة طبيب الأسنان) إلا أن رئيس المعمل "د.ريموند فاندفيل" علم بالتجربة قبل زراعة الجنين فاقتحم معمل "د. شتيلز" وأتلف عمداً العينة الخلوية المعدة للزرع واتهم "شتيلز" بانتهاك القانون البيولوجي؛ لأنه يريد خلق كائن مسخ. وطرد د. شتيلز من المستشفى والمعمل. وكان "لاندرام شتيلز" قد أعلن أنه تمكن من إحداث حمل بزرع جنين في رحم امرأة (أي بعد التخصيب خارج الرحم بطريقة أطفال الأنابيب) ولكن التجربة باءت بالفشل بسبب إجراء استئصال رحمي للمرأة.

وفي حوالي نفس الوقت أعلن فريق من الأطباء الأستراليين أنهم أحدثوا حملاً عن طريق زرع جنين بشري في رحم سيدة، ولكن الجنين أجهض بسبب وقوع حادث مفاجئ لهذه السيدة.

وفي أغسطس عام ١٩٧٤، أعلن "دوجلاس بيفيس" من جامعة "ليدز" الإنجليزية أنه تمكن من إحداث إخصاب لثلاثة أجنة بشرية في أنابيب الاختبار، وبعد ذلك زرعها في أرحام ثلاث نساء وحملن طبيعياً وأنجبن أطفالاً أسوياء. وكان إعلان الدكتور "بيفيس" عن هذه التجربة في اجتماع لنقابة الأطباء في إنجلترا، وأكد وقتها أن أعمار الأطفال الثلاثة تتراوح بين العام والعام والنصف.

وتعرض د. بيفيس لحملة شرسة بسبب فعلته هذه، ولكنه لم يفقد وظيفته ولم يطرد من الجمعيات العلمية. ويبدو أن أطفال الأنابيب هؤلاء لم يسجلوا في الدوريات العلمية أو أنهم ماتوا بعد ذلك، حيث أن المسجل في تاريخ العلم أن أول طفلة أنابيب ولدت في عام ١٩٧٨ (بعد تجربة بيفيس بأربع سنوات).

استعارة بويضة لأم لا تنجب:

وفي عام ١٩٨٣، أيضاً وضمن سلسلة المحاولات لعلاج العقم في البشر تمت أول عملية نقل جنين من أم إلى سيدة أخرى ليس لها القدرة على الإنجاب، حيث تمت ولادة طفلة نتجت من إخصاب الحيوان المنوي لأب لبويضة أخذت من سيدة متبرعة، وتم الإخصاب خارج الرحم بطريقة أطفال الأنابيب، وبعد

ذلك تم تثبيت الجنين في رحم السيدة (تدعى كارولين بيكر) التي تريد إنجاب طفل. والخطير في هذه العملية أن نصف الكروموزومات في خلايا الطفلة المولودة لم تأت إليها من أمها التي ولدتها. ولكن انحدرت إليها من بويضة السيدة المتبرعة، وهنا بدأ الخطر يظهر وتتداخل الأنساب وتختلط الصفات الوراثية.. وهذا على عكس أول طفلة أنابيب (لويزا براون)، والتي ولدت قبل ذلك بخمس سنوات (١٩٧٨)، والتي تم الحفاظ على الصفات الوراثية المنحدر إليها من الأبوين (البويضة والحيوان المنوي من أبويها).

ولادة طفلة من جنين مخصب مجمد:

وفي عام ١٩٨٤، ولدت طفلة أسترالية من بويضة مخصبة، أي تم تلقيحها بحيوان منوي أو ما تسمى في هذه الحالة بالزيجوت، ثم تم تجميد هذا الجنين لفترة خارج الرحم. ثم أعيد لحالته الطبيعية وثبت في رحم الأم، وولدت الطفلة بعد ذلك بحالة طبيعية وسميت الطفلة الوليدة "زوى".

الرحم التأجيري:

وفي سابقه خطيرة في تاريخ التكاثر والاستنسال في عام ١٩٨٦ وفي الولايات المتحدة الأمريكية تم إجراء عملية إخصاب لبويضة من امرأة بواسطة حيوان منوي من زوجها – ويبدو أن المرأة كانت تعاني من عيب في الرحم بحيث لا يمكنها حمل الجنين – وزرعت البويضة المخصبة أو الزيجوت في رحم امرأة أخرى[١] من ولاية "نيوجرسي" تسمى "مارى بيث" على أن تسلم الجنين لأبويه بعد ولادته، ولكن مارى التي أجرت رحمها لاستضافة جنين الأبوين أحست بمشاعر الأمومة عندما تحرك الجنين في أحشائها وأرادت الاحتفاظ به بعد ولادته. ورفعت قضية أمام المحاكم الأمريكية تطالب فيها بحقها في حضانة المولود ورعايته، ولكن المحكمة رفضت القضية وقررت تسليم الجنين للأم والأب

---

(١) تسمى هذه العملية الرحم التأجيري: وهي "تلقيح بيضة الزوجة التي ترغب في الإنجاب بهذه الوسيلة بحيوان منوي من زوجها لوجود عائق من جانبها. ثم يتم غرز بيضتها الملقحة بماء زوجها في رحم امرأة أخرى بعد تجهيزه لإتمام فترة الحمل به".
تسمى الأم الحاملة Mere Porte use أو الأم المستعارة Mere Demprunte.

صحابى الأمشاج (الخلايا الجنسية، أي الحيوان المنوي والبويضة)؛ لأنه ينتمي إليهما وراثياً وصفاته البيولوجية منحدرة منهما.

دمج خلية جينية مع خلية جسدية:

في عام ١٩٩٥، تمكن علماء يابانيون من دمج خلية جنينية مع خلية جسدية باستخدام تيار كهربي، وتعد هذه أول مرة يتم فيها إدماج الخلايا دون معاشرة جنسية.

"أنجيلا" الإيطالية والرحم الجماعي:

ومن الحالات الغريبة التي حدثت في شهر سبتمبر عام ١٩٩٦ أن سيدة إيطالية تدعى "أنجيلا" قد وافقت على تحويل رحمها إلى رحم جماعي، حيث استقبلت جنينين من أبوين ووالدتين مختلفتين في وقت واحد وفترة حمل واحدة، وقام بإجراء هذه العملية الدكتور "بيلوتا" في أحد مستشفيات سويسرا. وأعلن أن الولادة المنتظر حدوثها في شهر يونيو ١٩٩٧ ستكون ولادة طبيعية، وأن التعرف على الأبوين وتمييز الأجنة سيكون عن طريق فصائل الدم.

ولقد شهدت إيطاليا في السنوات الأخيرة حالات غريبة من هذا القبيل، منها عملية تلقيح صناعي لجدة تبلغ من العمر ثلاثة وستين عاماً، وفي حالة أخرى تم نقل جنين من أم متوفاة إلى رحم سيدة أخرى ليتم نموه وولادته بعد وفاة أمه الأصلية، وسبحان القائل: " أن الله فالق الحب والنوى يخرج الحي من الميت ومخرج الميت من الحي ذلكم الله فأنى تؤفكون". ولقد أنجبت امرأة في التاسعة والخمسين وأخرى في الثامنة والستين ببويضات متبرع بها!

الإنجاب البشري من حيوانات منوية وبويضات مجمدة:

وقبل بداية عام ٢٠٠١ بعدة أيام نجح طبيب من مركز طومسون في سنغافورة من تمكين زوجين لم يتمكنا من الإنجاب الطبيعي، من إنجاب توأم بتقنية الإخصاب المجهري لبويضات وحيوانات منوية مجمدة أخذت من الزوجين وتمت ولادة التوأم في الثلاثين من ديسمبر عام ٢٠٠٠. وهي تجربة تفتح الأمل للرجال ذوي الحيوانات المنوية قليلة العدد بدرجة كبيرة بحيث تحفظ حيواناتهم المنوية مجمدة ثم تستعمل لإخصاب بويضات من زوجاتهم. والتجربة تمد كذلك من

درجة خصوبة المرأة بحفظ بويضاتها في بنوك البويضات والأجنـة لاستخدامها عند اللزوم[1].

---

(١) زرع سائل حيوي في خصية فأر وتلقيح بويضة امرأة بهذا السائل:
ويبدو أن إيطاليا تتزعم عجائب الأمور في التكاثر في عالمنا خاصة أن أحد العلماء الإيطاليين وهو "سيفيرينو انتينوري" عودنا علي إجراء التجارب المثيرة والغريبة في مجال التكاثر والإخصاب ودرج علي إجراء واستخدام أساليب جديدة وغريبة ومبتكرة وانتهاج تقنيات جريئة في علاج العقم وانتينوري هذا يعمل أستاذا بالمعهد الدولي لابحاث التكاثر والانجاب في روما ومما شجعه علي الجرأة في سلوك طرق غريبة في هذا المجال أنه لا توجد قوانين في إيطاليا تمنع مثل هذه الأبحاث وقد تمكن انتينوري منذ فترة قريبة من مساعدة النساء اللواتي بلغن سن اليأس ليتمكن من الحمل والانجاب ومكن إحدى المسنات والتي تبلغ من العمر ثلاثة وستين عاما من الحمل والانجاب. وفي التجربة الغريبة التي قام بها "انتينوري" في أوائل عام ١٩٩٩ أخذ سائلا حيويا من رجل وزرعه في خصية فأر وعندما نشط السائل الحيوي داخل خصية الفأر واكتمل نموه عاد فاستخلص السائل الحيوي البشري المتكون داخل خصية الفأر وأجرى به عملية تلقيح لبويضة امرأة داخل انبوبة الاختبار (تقنية أطفال الأنابيب) وبعد بلوغ المراحل الأولى لتطور الجنين داخل انبوبة الاختبار نقل انتينوري المضغة إلى رحم الأم لاكتمال نمو الجنين ومما يؤخذ علي هذه التجربة أنه تم نقل خلايا حية بين الحيوان والانسان مما يعتبر مخاطرة غير محسوبة لما يمكن أن تسفر عنه من ضرر للانسان، ويعد هذا تسرعا من عالم الإخصاب والتكاثر "انتينوري" في التطبيق المباشر علي الإنسان قد لا تحمد عقباه. وترى مجلة لوبوان الفرنسية أن هذا النوع من الباحثين يتخطون المراحل التقليدية التي يجب أن تمر بها عملية الإنجاب في الإنسان.

زرع مبايض سيدات في فئران التجارب:
وفي أوائل مارس من عام ٢٠٠٠ (مع بدايات القرن الحادي والعشرين) تمكن علماء امريكيون ويابانيون من زراعة قطع من مبايض ثلاث سيدات امريكيات في فئران التجارب لتنتج الفئران بويضات بشرية يمكن استخدامها في حل مشكلة السيدات المقيمات وكانت السيدات الثلاث اللاتي أخذت هذه الأجزاء من مبايضهن مصابات بمرض في الرحم ولذلك وافقن علي إجراء التجارب املين في التغلب علي مشكلة العقم لديهن وحصل العلماء مسبقا علي موافقة لجنة الأخلاق العلمية بجامعة يوتا الأمريكية. وبعد استئصال قطع المبايض من السيدات جزئت إلى قطع صغيرة الحجم ومربعة الشكل لا يزيد ضلع المربع علي ٢ ملليمتر وتم زرع اثنتى عشرة قطعة في كل فأرة واشتملت التجربة علي ٩ فأرات (اناث) خصصت كل ثلاث فأرات لاستقبال قطع مجزأة من مبيض سيدة بواقع١٢ قطعة لكل فأرة (بمعنى أنه تم زراعة ١٠٨ قطع في فئران التجربة كلها) ولتنشيط نسيج المبيض في الفئران تم حقنها بهرمونات تعمل علي تحفيز نسيج المبيض لانتاج البويضات وقد كتب لهذه التجربة النجاح حيث أنه بعد زراعة القطع المبيضية البشرية في مبايض الفئران بحوالي أسبوعين انتجت هذه القطع بويضات بشرية في الأطوار الأولى للنمو ثم اكتمل نموها وتطورها إلى بويضات ناضجة أو كاملة النمو قابلة للإخصاب.

وهناك خبير إخصاب مصري[1] يحمل الجنسية البريطانية يجمد بويضات السيدات ثم يخصبها فيما بعد. كانت هيئة الإخصاب البشري البريطانية قد قررت عدم زرع أكثر من ثلاثة أجنة مختلقة في الأنابيب في رحم المريضات بالعقم. ولقد أثار هذا القرار أذهان أطباء النساء والتوليد والعقم في بريطانيا، لأن تنفيذه يقلل فرص نجاح عمليات علاج العقم عن طريق استخدام تقنية أطفال الأنابيب. ولذلك اتخذت بعض صور الاحتجاج علي هذا القرار مستويات وأشكالاً متقدمة من التعبير ومثال ذلك ما قام به سيادته – رسمياً هو أكبر خبير في علاج العقم في بريطانيا – حيث مثل أمام إحدى المحاكم في لندن في السابع والعشرين من ابريل عام ٢٠٠١، ومعه إحدى مريضاته المتضررة من القرار لإجراء مراجعة قضائية للقرار حتى تتمكن السيدة من الإنجاب.

وكان هذا الطبيب قد أعلن قبل ذلك التاريخ بحوالي شهر (في مارس ٢٠٠١) أنه نجح في استخدام بويضات بشرية سبق تجميدها في إحداث حمل، وتم بالفعل ولادة طفل باتباع هذه الطريقة وأفادت أخبار مركز علاج العقم الذي يمتلكه الطرانيسي في لندن أن لديه رصيداً من بويضات مجمدة في بنك البويضات تخص ما يزيد علي مائة سيدة وتفيد هذه الطريقة في حفظ البويضات في مساعدة السيدات علي تأجيل الحمل حيث تؤخذ بويضاتهن في فترات الخصوبة (قبل توقف التبويض لديهن) ويتم تجميدها لحين الحاجة إليها.

وكان الطبيب ذو الأصل المصري قد لجأ إلى استخدام الكيماوي للسرطان، بحيث تؤخذ البويضات قبل بداية العلاج (حتى لا تتأثر البويضات بالعلاج الكيماوي وتؤدي إلى ولادة أجنة مشوهة)، ويتم تأجيل الحمل إلى ما بعد انتهاء العلاج الكيماوي ثم يتم سحب البويضات المجمدة من حساب السيدة في بنك البويضات وإحداث الحمل بتقنية أطفال الأنابيب. وفي ١٣ من مايو ٢٠٠١ أعلن الخبير مصري أن الاستنساخ البشري يمكن أن يحل مشكلة العقم عند الرجال وأن الشواهد العلمية، والمؤشرات تؤكد أن استخدام طريقة الاستنساخ لعلاج العقم أصبح وشيكا (القنبلة علي وشك الانفجار)، وأن الاستنساخ سوف

---

(١) خبير العقم المصري د/ محمد الطرانيسي.

يساعد الرجال الذين ليس لديهم حيوانات منوية علي الحصول علي نسخ من ذواتهم بأخذ خلية من مكان ما في أجسامهم ومعالجتها, معمليا ثم يتم بعد ذلك زرعها في بويضة من بويضات الزوجة منزوعة النواة. وبعد شروع الخلية في الانقسام وتكوين الجنين خارج الرحم يزرع في رحم الزوجة للحصول علي الطفل المستنسخ.

ولقد انتشرت قضية استئجار الأرحام بعد أن رفضت "ماري وايتهد" وهي "أم مستعارة" تسليم الطفلة المولودة التي حملتها بالنيابة ، إلى الزوجين (المتبرع بالمني والمتبرعة بالبويضة) "إليزابيث ووليام شيرن" اللذين كانا قد تعاقدا معها بعد رفض السيدة "ماري وايتهد" تسليم الطفلة توجه الوالدان إلى محكمة الأسرة في نيوجرسي (هارفي سوروكو), وهناك حكم القاضي برفض طلب "ماري وايتهد" في استعادة الوصاية المؤقتة على الطفلة ، والتي كانت تبلغ من العمر آنذاك خمسة شهور ، أما "وليام" والد الطفلة فكان سعيدا إزاء هذا الحكم ، ووعد بأن يسمح للسيدة "وايتهد" بزيارة الطفلة مرتين في الأسبوع.

في هذه القضية حكم القاضي بصحة التعاقد ، الذي أجراه الزوجان لدى المحامي "نويل كوين" صاحب الوكالة التي أشرفت على توقيع العقد ، وقد أعلن كوين أن "ماري وايتهد" لم تكن أول أم بالوكالة في الولايات المتحدة ، فقد رفضت قبلها أربع أمهات بالوكالة تسليم أطفالهن ، إلا أن "ماري" كانت الأولى التي تصل قضيتها إلى المحكمة ، وأضاف أن ٦٥ طفلا أمريكا ولدوا ذاك العام وفق عقود تأجير الأرحام ، وأن في أمريكا اثني عشر مركزاً لخدمة هذا النوع من الإنجاب.

- ولم تسلم جمهوريتنا من هذه العملية ؛ فقد جاء في جريدة مصرية[1] امرأة مصرية تعلن عن رحمها للإيجار ؛ حيث جاء المنطوق كالآتي عبرت امرأة مصرية عن رغبتها في تأجير رحمها مقابل خمسة عشر ألف جنيه للحمل الواحد ونفقة ثلاثمائة جنيه عن كل شهر حمل, وذلك من خلال موقعها على الانترنت حيث أكدت أنها تتمتع بكامل صحتها وتلاعب في تأجير رحمها

(١) جريدة أخبار اليوم عدد السبت الموافق ٦ من صفر – ٢٤ من فبراير ٢٠٠٧

بهذا المقابل وحددت صفتها بأنها شابه تبلغ التاسعة والعشرين وتقيم بالقاهرة، وتعرض رحمها لأية امرأة ترغب في الإنجاب ولا تستطيع الحمل.

واشترطت أن تكون الراغبة في التأجير مصرية أو عربية وليست أجنبية ، الزوجة أكدت أن لها ولدين يتمتعان بصحة جيدة كما أكدت أنها على استعداد لنشر جميع التفاصيل وتحاليل إشاعات كانت قد أجرتها على الرحم ؛ للتأكد من خلوها من الأمراض، وأنها تتمتع بنسبة خصوبة وتبويض عاليتين جدا بناء على شهادات الأطباء.

وختاما لهذا أكون قد أوضحت أن ليس كل تقدم يحدث يكون فى خدمة الإنسان ؛ فعلى الرغم من أن هناك بعض الإنجازات لها وجهان ؛ أحدهما نافع كتجربة المفاعل النووي مثلا والأخرى ضار قد يكون وسيلة لدمار البشرية.

المطلب الثالث

تزايد ظاهرة تأجير الارحام

الفرع الاول

الأسباب الدافعة الى تأجير الارحام

أ - بالنسبة الى مؤجرات الأرحام

لا تتوقف الأسباب التى دفعت هؤلاء النساء الى تأجير أرحامهن كأم بديلة على الأسباب المادية فقط، فهناك البعض ممن يتمتعن بحالة الحمل نفسها، وهناك من تظن أن هذا الأمر يعطي معني لحياتهن كأنهن متبرعات بالأعضاء وهناك من يبحثن عن السعادة في مساعدة الآخرين، لكن معظم هؤلاء النساء تحركهن الحاجة المادية، ومن الغير الواضح ما إذا كان عدد النساء اللاتي يخترن العمل كأمهات بديلات سيستمر في التزايد خلال الركود الاقتصادي الحالي والأزمة الاقتصادية التي بدأت في الولايات المتحدة في ٢٠٠٧ مع تقدم سقوط الرهونات غير الرئيسية. وحاليًا هناك اثنا عشر ولاية في الولايات المتحدة تحظر استئجار الرحم في حين أن هناك عددًا مساويًا يسمح به، و ينطبق ذلك بشدة على كاليفورنيا حيث استئجار الرحم تجاريًا قانوني ومنظم بوضوح.

قد يؤدى نظام استئجار الرحم التجاري في الولايات المتحدة إلى عواقب غير مقصودة كتزايد أعداد النساء اللاتي يقمن بتأجير أرحامهن في الولايات

المتحدة تتزايد. ولكن حيث أن قوانين استئجار الرحم في الولايات المتحدة تابعة للولاية وليست قومية فليس هناك بيانات شاملة لمعدل نمو الصناعة وتكون البيانات المتاحة عن طريق مصادر خاصة. في ٢٠٠٧ قامت النيوسويك بتقرير عرض فيه أن الخبراء يقدرون أن عدد الولادات الناتجة عن استئجار الرحم في الولايات المتحدة يصل إلى ١٠٠٠. ولكن على الرغم من ذلك, فإن هذه البيانات غير شاملة حيث انها لا تتضمن البيانات من جميع العيادات أو اتفاقيات استئجار الرحم الخاصة- متضمنة المتعلقة بالأزواج المثليين.

تقوم العديد من النساء الأمريكيات اللاتي يشاركن كأمهات بديلات بتحدي الصورة المقولبة في الفيلم (الأم الطفلة) والتي تصف الأم البديلة كامرأة غير متعلمة من الطبقة العاملة. على سبيل المثال العديد منهن يكن زوجات لضباط, وبدأت هؤلاء النساء في أن يكن أمهات بديلات مع بداية حرب العراق في ٢٠٠٣, وبدأ استهدافهن بشدة من قبل وكالات الخصوبة من أجل التوفير المادي الذي يقمن به في الاتفاق, حيث أنهن يتمتعن بتأمين صحي يغطي علاجات الخصوبة. هناك أمثلة فردية أخرى على سبيل المثال وليس الحصر[1]

و تقول "رادهيكو راو"، في قانون استئجار الرحم في الولايات المتحدة: إن نتيجة هذا الازدواج يعطي منطقًا للطريقة المجزأة التي تتبعها الولايات المتحدة لتنظيم استئجار الرحم تجاريًا[2]. وتقوم راو بتصنيف تنظيم الولايات المتحدة لاستئجار الرحم تجاريًا إلى أربعة أنواع: الحظر والجمود وتنظيم الحالة والتنسيق التعاقدي.

الولايات التي ترفض عقود استئجار الرحم تتضمن انديانا وكنتاكي ولوزيانا وميتشجان ونبراسكا ونيويورك وواشنطن. (Drabiac) وتوضح راو أن

---

(١) مدرسة لغة انجليزية في المرحلة الثانوية والتي عملت كأم بديلة لزوجان ألمانيان
- وامرأة متزوجة وأم لثلاثة أطفال والتي عملت كأم بديلة من أجل زوجان مثليان من نيو جيرسي.

(٢) **Radhika Rao, Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence, in Surrogate Motherhood: International Perspectives 23 (Rachel Cook et al. eds., 2003).**

الولايات التي تستخدم طريقة الحظر تحاول أن تمنع استئجار الرحم بفرض عقوبات مدنية وجزائية على الأشخاص المتورطين في عقد استئجار الرحم. فعلى سبيل المثال تقوم ميتشجان التي تستخدم طريقة المنع بمعاقبة المخالفين بشدة, باتهامهم بجنحة يكون عقابها الغرامات أو السجن.

وتتبع معظم الولايات مثل انديانا وكنتاكي ونبراسكا طريقة الجمود حيث تقوم بإلغاء عقود استئجار الرحم على أساس مخالفته للسياسة العامة.

وعلى العكس تستخدم الولايات الأخرى طريقة أكثر استباقًا بتطبيق تنظيم الحالة الخاص بهم على عقود استئجار الرحم, من خلال تشريعات تحدد الشروط الإلزامية وتصنع حالة علاقة عائلية مقدرة. تلك الولايات متضمنة أركنساس وتكساس تفرض عقود استئجار الرحم السارية, كما تم تحديدها بتشريعات الولاية المنظمة لتلك العقود في حين تفرض ولاية نيفادا وولاية كاليفورنيا, و لكن بدرجة أقل.

عقود استئجار الرحم على أساس التنسيق التعاقدي. في غياب أي قانون ضد عقود استئجار الرحم تقوم الولايات مثل" نيفادا وكاليفورنيا " بالاعتماد على قانون العقود بشكل مخالف لقانون الأسرة للفصل في مثل هذه الخلافات.

وتعتبر حالة القانون المربكة في الولايات المتحدة وأيضًا التكاليف القانونية العالية للتعامل مع عقود استئجار الرحم مساهمات في ازدياد الطلب من أجل سياحة الخصوبة في الهند. وبدلاً من المغالاة في التأكيد على التوفير في التكاليف عند استئجار أمهات بديلات هنديات من المهم فحص قدرة الأزواج الأمريكيين على المساومة في الهند مقابلها في الولايات المتحدة.

من المهم أيضًا فحص السياسات التي تطبقها محاكم الولايات المتحدة في خلافات استئجار الرحم والتي تكون عادة أكثر حزمًا منها في الهند.

من المهم فهم كيفية عمل السياسات والأوضاع القانونية المتفاوتة في قوانين استئجار الرحم في الولايات المتحدة، ومن الضروري أيضا النظر إلى مثال حقيقي عن كيفية تطبيق القوانين بواسطة الوكالات التي تتعامل مع استئجار الرحم كعمل جالب للربح فقط.

يكون التفادي ممكنًا نتيجة لنقص المعايير الفيدرالية والموافقة القومية على التضمينات الاجتماعية والأخلاقية والسياسية لتقنين استئجار الرحم تجاريًا, ويعتبر ذلك مسألة جدلية في ضوء الخلافات الطويلة القائمة على أبحاث الخلايا الجذعية وزواج الشواذ, والإجهاض في الولايات المتحدة. وهذا ما سنوضحه إن - شاء الله تعالى - في الصفحات القليلة القادمة, كيف تقوم وكالات استئجار الرحم بالاستغلال والربح من استئجار الرحم تجاريًا بقليل من الإشراف نتيجة لعدم وجود إرشادات فيدرالية وعجز الولاية عن مواجهة المنافذ التي صنعتها التعاقدات ما بين الولايات.

تقوم "كاثرين درابياك" على استكشاف إمكانيات استغلال الأخلاق والقانون, وفى استئجار الرحم التجاري التي صنعتها الولاية الضعيفة على تنظيم استئجارالرحم تجاريًا وخصوصًا وكالات استئجار الرحم التي تستغل قوانين الولايات المتضاربة لمصلحتهم الخاصة, أو تتجنب القوانين المقيدة الموضوعة لتقييد ممارسة استئجار الرحم تجاريًا. وتوضح درابياك كيف تقوم هذه الوكالات بتجاهل الحاجة لموازنة المصالح المادية في ترتيبات استئجار الرحم مع المخاوف الأخلاقية الناتجة عن العبء العاطفي للأطراف المتضمنة في التعامل. فالزوجان العقيمان يحملان عبء كونهما حاولا وفشلا في تكوين عائلة بصورة طبيعية. وهناك أيضًا العبء العاطفي الذي تحمله الأم البديلة التي توافق طوعًا على أن تلد طفلاً ثم تسلمه للأبوين المتعاقدين على الرغم من الروابط العاطفية والمخاطر الصحية المحتملة التي قد تحدث خلال الحمل. يجب على الحكومة الفيدرالية أن تتوجه بشكل شامل إلى هذه العوامل وأيضًا المخاوف الأمنية والأخلاقية من أجل الطفل. بالإضافة لذلك يجب تضمن الحكومة الفيدرالية أن هذه الترتيبات لم يتم فيها أي أكراه وأن كل الأطراف تتفاوض بشكل متساوي.

لاشك من أن القيم الاجتماعية هى المحور الاساسى الذى يحدد العلاقة بين الأفراد وتحتم عليهم نظاماً متكاملاً ومترابطاً ؛ لكي يعملوا جميعاً علي تقليل الأعباء المفروضة عليهم وإيجاد الحلول للظروف المواتية للجميع في الحياة قدر الأمكان, دون اللجوء للمحظوروالمحرم, ولكن انقلب هذا العصر رأسا على عقب حينما سخرت النساء أجسادهن بحجة مساعدة الغير, ومن ثم رجح المال على

النفس والنسل والدين وأصبحنا أمام معيار جديد وهى المادة. فالقيم الأخلاقية أصبحت ليست من متطلبات العصر الحاضر. وإنما المال أصبح هو الشريان الرئيسى الذى يتحكم فى كل متطلبات الحياة.

ورغم أن الأمومة من أكثر الغرائز رقياً إلا أنها تحولت في بعض الأحيان إلى سلعة رخيصة تداولها معدومو الضمير للمتاجرة والربح ؛ لتظهر تجارة من نوع جديد "تأجير الأرحام" والتي أصبحت من أحدى مظاهر تداعيات الفقر في بعض الدول النامية. وكذلك على الوجه الآخر للدول التى تعانى من قلة عدد السكان وتود الزيادة فى تعددها كاسرائيل. فهى تشكل نظاما قانونيا لتشجيع الأفراد على إجراء مثل هذه العمليات[1]. وهذا ما سياتى ايضاحه فيما بعد بالتفصيل إن شاء الله تعالى.

مما لاشك فيه أن انعكاس هذه القضية يؤثرسلبا على قيمة مساعدة الآخرين المرتبطة بمفهوم التضامن الاجتماعى ؛ فالكثير من مؤجرات الأرحام يرفضن إجراء هذه العمليات دون مقابل ، بالرغم من أن الإنجاب أساس بنيانه يقوم على غريزة وعاطفة الأمومة.

وعلى سبيل المثال نذكر دولة كالهند. ويرجع سر إقبال البعض على تأجير الأرحام فيها ، أن المركز يقدم خدمة شاملة يجمع فيها بين "الرحم المؤجر" والزوجين اللذين تقتصر مهامهما على تقديم النطف المنوية ، ويتم توقيع إتفاق بين الوالدين والأم صاحبة الرحم المستأجر. يلتزم فيه الطرف الأول بالتكفل بكافة الأتعاب الطبية بجانب دفع مبلغ محدد كأتعاب ، على أن يسلم الطرف الثاني المولود بمجرد ولادته.

---

(١) ويقدر عدد السيدات اللاتي يؤجرن أرحامهن إلى أكثر من ٦٠٠ سيدة سنوياً ، ومعظم هذه العمليات تتم لأسر من الولايات المتحدة وأوروبا وسنغافورة حيث تصل تكلفة هذه العملية هناك ٥٠ ألف دولار بينما لا تتعدى ١٠ آلاف دولار في الهند ، في حين تحظر الصين وفرنسا وألمانيا واليابان الأستعانة بالرحم البديل. - ولكن هذه التجارة تتزايد وبسرعة كبيرة في الهند حيث أثار مشروع مدينة "أناند" الهندية الذي يتم من خلاله تأجير أرحام النساء لاستضافة أجنة لأزواج عاجزين عن الإنجاب ، وتعمل عيادة صغيرة في مستشفى "كيفال" في المدينة على الجمع بين الأزواج العقيمين ونساء من المدينة لحمل مواليدهم ، وفي المقابل يتم توفير الإقامة للأمهات البديلات خلال فترة الحمل وحتى الولادة ، كما تقدم لهن الاستشارات النفسية بعد عملية الوضع.

ومع ازدهار وتقدم هذه الصناعة في الهند تم تأجير الأرحام لقرابة ٤٠ طفل لأزواج من كافة أنحاء العالم، فيما نتج أكثر من ٥٠ امرأة حاملاً بأطفال لأزواج من الولايات المتحدة، وتايوان وبريطانيا، كما ذكرت جريدة "الوطن"[1]."

---

(١) تأتي دولة كبيرة مثل الهند في مقدمة الدول التي تعترف بفكرة تأجير الأرحام، ولذا تنتشر بها وظيفة جديدة تحت اسم "الأم البديلة"، وتعد هذه الوظيفة هي الأحدث ضمن قائمة طويلة من الوظائف التي تسند لعمال في الهند لخفض التكلفة، حيث تقدم خدمة تأجير الأرحام بأسعار أرخص كثيرا عنها في الغرب. وتدافع الدكتورة ناينا باتيل، القائمة على المشروع بحجة أنه ذو مغزى لكافة الأطراف المعنية ويخضع لمعايير صارمة قائلة: "إذا سعت امرأة لمساعدة أخرى فلماذا لا نتيح ذلك؟"، ويشار إلى أن ما تتلقاه الأمهات البديلات نظير تأجير أرحامهن قد يوازي دخولهن على مدى ١٥ عاما.
ها هي "ريتو سودهي" أحد المتنفعات من صفقات التأجير سابقا تعود من جديد من الولايات المتحدة من أجل طفل ثان، مشيرة إلى أنها انفقت ٢٠٠ ألف دولار على عمليات تخصيب صناعية فاشلة في الولايات المتحدة وأعربت عن استعدادها لانفاق ٨٠ ألف دولار أخرى لإيجاد أم بديلة قائلة: "نحن يائسون.. فتلك العملية مكلفة ماليا ومعنويا".
تورط المغربيات
كشفت تقارير إعلامية مغربية وأخري بامارة لوكسمبورج عن انتشار ظاهرة "تأجير الأرحام، ومتورط فيها مغربيات ومسئولون كبار في هذه الأمارة الأوروبية الغنية التي يتجاوز الدخل الفردي بها ٦٦ ألف دولار أمريكي حسب إحصائيات عام ٢٠٠٥ لتكون بذلك الأولي بالعالم، كما ذكرت جريدة "الراية".
وتتم هذه التجارة عن طريق التخصيب الاصطناعي بحيوانات منوية في أرحام مغربيات أو مهاجرات من بلدان أوروبا الشرقية يتم إغراؤهن بالمال مقابل حمل يتم عبر إخصاب البويضة حتى نهاية فترة الحمل ووضعهن للمولود وتسلم المبلغ المادي المتفق عليه وهو ١٨ ألف دولار قبل مغادرة هذه الأمارة التي تقع عند الحدود الألمانية الفرنسية البلجيكية المشتركة.
وقد أصبحت عملية أستئجار الرحم قانونية في الهند منذ عام ٢٠٠٢، وحسب القواعد التي أصدرها المجلس الهندي للابحاث الطبية، فإن الأم البديلة توقع على تنازلها عن حقوقها في أي طفل، ولا يذكر حتى اسم الأم البديلة في شهادة الميلاد.
وتعد الهند من الدول البارزة في مجال أستئجار الأرحام. وأصبحت الأمهات البديلات في الهند مشهورات بصورة كبيرة بالنسبة للأزواج الذين يعانون من العقم في الدول الصناعية بسبب التكلفة المنخفضة نسبيا.
- وقد احتدم التنافس بين العيادات الطبية في الهند، في عروض الأسعار وعملية أستئجار النسوة اللاتي يرغبن في القيام بدور الأم البديلة. ويتكلف المريض ما بين ١٠,٠٠٠ دولار و٢٠,٠٠٠ دولار للعملية برمتها، بما فيها عملية التخصيب، وما تحصل عليه الأم البديلة ووضع الطفل في المستشفى.
=

=

وقد أضحت عملية أستئجار الأرحام في الهند أكثر سهولة بدرجة كبيرة ومنخفضة التكاليف مقارنة بأي مكان آخر في العالم، وثمة تزايد مطرد في أعداد الأباء الذي يقصدون الهند لاستئجار الأرحام.

وفي الواقع، لقد أصبحت مدينة اناند في غوغارات غرب الهند، بؤرة مهمة لعمليات أستئجار الأرحام في الهند، ويعود الفضل في ذلك إلى أكانكشا باتل، المتخصصة في عملية الإخصاب خارج الجسم، حيث ساعدت على انجاب ٤٥ طفلا باستخدام أم بديلة في عيادتها منذ عام ٢٠٠٣، وهو العام الذي انجب فيه أول مولود عن طريق أستئجار رحم.

ولدى المدينة العدد الأكبر على مستوى العالم من العمليات الناجحة للانجاب باستخدام أم بديلة. وفي الوقت الحالي تحمل ٤٢ اما بديلة أجنة لأزواج يعانون من العقم، من بينهم اميركيون وألمان وتايوانيون وكوريون وإسرائيليون، بالإضافة إلى أزواج هنود يعيشون في اماكن أخرى في الهند.

وتتبع عيادة أكانكشا باتل، التي أسست عام ١٩٩٩، نظاما بسيطا، حيث يسجل الأزواج الذين يريدون الحصول على طفل أسماءهم، وكذا تقوم النسوة اللاتي يرغبن في لعب دور الأم البديلة.

وبمجرد أن يختار الزوجان مرشحا، يقومان بتوقيع عقد قانوني، وتغطي فيها أكانكشا تفاصيل عملية الدفع. ويجري الحصول على بويضات وسائل منوي من الزوجين، وتخصيبها في معمل العيادة، وبعد ذلك يتم وضعها في رحم الأم البديلة.ويتبين بعد مرور ١٥ يوما ما إذا كانت الأم = البديلة سوف تحمل أم لا. وإذا لم تنجح، علما بأن نسبة النجاح في هذه العمليات تبلغ ٥٠ في المائة، تحصل المرأة المرشحة على مبلغ من الزوجين طبقا لبنود العقد.

وبمجرد الحمل، تحصل على ٢٥٠,٠٠٠ روبية، بالإضافة على مبلغ شهري يبلغ ٣,٠٠٠ روبية ينفقه الزوجان على عملية الحمل للحفاظ على صحة الطفل.

ويريد إيكوفومي يامادا، الطبيب من طوكيو أن يتبنى مانجي، ولكن القوانين الهندية لا تسمح بتبني اب أعزب لابنة، لتصبح الطفلة مهملة. لكن بعد أشهر من الإهمال القانوني، منحت المحكمة العليا الهندية حضانة الطفلة إلى جدتها لأنها ولدت في الهند.

ويشعر طبيب الطفلة سانجاي أريا بالذهول من القضية، حيث يقول: «عندما تحمل الطفلة ٥٠ في المائة من مادة والدها الوراثية، ما هي أهمية أن يكون عليه تبنيها؟ أنه والدها الطبيعي.

ومن الضروري مناقشة قوانين جديدة من أجل «حماية حقوق الأطفال والحقوق العاطفية للأمهات». ومن بين القضايا التي يجب مناقشتها ما إذا كان من الواجب السماح للمثليين والأمهات الوحيدات بالاستعانة ببدائل وما إذا كان من الواجب فرض حد أقصى لسن العملاء ومن يحملون أبناءهم.

ومن بين المناطق الرمادية أيضا جنسيات وأباء الأطفال الذين يولدون باستخدام بويضات وحيوانات منوية من أزواج غربيين، ولكن تحملهم سيدات هنديات.

ولكن لا تفعل جميع الأمهات البديلات هذا الأمر بسهولة. وعلى سبيل المثال، أجبر الخوف من مقاطعة المجتمع، عمرانة سليمان (ليس اسمها الحقيقي زوجة سائق توك توك، إلى التكتم الشديد على حملها بالانابة.

=

[1]ومؤخراً تبين أن الأمريكيات اندفعن في الفترة الأخيرة لتأجير أرحامهن ومنح بويضاتهن إلى مراكز التخصيب الأصطناعي المنتشرة في البلاد، بمعدلات لم يشهدها تاريخ هذه المراكز في السابق، حيث ازدادت الأرقام بنسبة ثلاثون في المائة عن العام الماضى.ويرجع السبب فى ذلك إلى المصاعب المادية التي تواجه العائلات الأمريكية حالياً، والتي تدفع النساء إلى السعي لكسب المال بسبب الأزمة الاقتصادية في الولايات المتحدة[2].

أما فى لبنان يرجح الأطباء لجوء السيدات لمثل هذه العمليات، بسبب تعرض المرأة إلى إجهاضات متكرّرة، أو أنه بسبب التشوهات الخلقية فى الرحم، فيكون الحلّ في نهاية المطاف انتقاء بويضات منها وحيوانات منوية من زوجها، توضع في المختبر لمدة يومين لتشكّل نواة الجنين، بعد ذلك توضع في رحم الأم البديلة أو المؤجرة، وتكلّف نفقات المختبر ما يراوح بين ألفين وخمسة آلاف

=

وهي حامل في جنين لزوجين مسلمين من عمان. ويعتقد أطفالها الأربع أنها ذهبت إلى دبي من أجل العمل كمربية في عقد يستمر لمدة عام. ولكن في الحقيقة، هي تعيش في شقة في أحمد اباد بمساعدة طبية ومعها سبع سيدات أخريات يحتفظن بأمر حملهن بالانابة سرا.

وتقول عمرانة: «سأحصل على ٢٥٠,٠٠٠ روبية، أولاً سأتخلص بها من دين يبلغ ١٠٠,٠٠٠ روبية اقترضه زوجي، وسأشتري أيضا توك توك جديدا من أجله.

وتحمل بوشابا باندايا (٢٧ عاما)، والتي انجبت طفلا لصالح زوجين من لندن في العام الماضي، في الوقت الحالي جنينا لزوجين آخرين من الولايات المتحدة.

لقد حصلت على ٢٠٠,٠٠٠ روبية في الولادة الأولى، مما ساعدها وزوجها جاديش، الذي يعمل في توصيل الطلبات في شركة أعمال معاونة، على بناء منزل صغير لهم. وتقول بوشبا أنها ستستخدم عائدات الولادة الثانية من أجل تعليم ابنتها التي تريد أن تصبح طبيبة. وهي تحظى بدعم من زوجها. وتقول: «لقد مللنا من الفقر، وهذه أفضل طريقة لعيش حياة كريمة.

(١) وعلى سبيل المثال "كيك كوتن" وهي أول أم بديلة في انكلترا، حين سئلت هل شعرت بأي تانيب ضمير حين وافقت على أخذ النقود من أجل تأجير رحمها، أجابت بالنفي وصرحت أنها ما كانت لتفعل ذلك دون مقابل، وأضاف زوجها أنه لن يكون سعيداً إذا قامت زوجته بتأجير رحمها دون مقابل. هذا الأمر يربي على الاستغلال وعلى الحياة المادية البحتة، فكلا الزوجين يرفض مساعدة الآخرين من حيث المبدأ، ويستمسك كل من الزوجين بالماديات.

(٢)- د. عمر سليمان الأشقر : إثبات النسب بالبصمة الوراثية بحث مقدم الى ندوة الوراثة والهندثة الوراثية ص ١٥٩ - بالكويت سنة ١٩٩٨م.

دولار أمريكي، هذا عدا أجر الأم البديلة الذي يبلغ أحياناً ٣٥ ألف دولار، خصوصاً إذا كان الثنائي ميسوراً، و بالطبع تأجير الرحم يجري عادة في الخفاء.

وانطلاقا مما سبق تبين أن من ضمن الأسباب التى أعتمدت عليها مؤجرات الأرحام كمبررلممارسة مثل هذه العمليات ما أقرته الحقائق الطبية، وفقا لما قاله أهل الطب أنفسهم، حين أكدوا أن التشكيل الوراثي للجنين الجديد سيكون بالقطع للزوج صاحب الحيوان المنوي وزوجته صاحبة البويضة، وأن البويضة الملقحة بالحيوان المنوي للزوج لا يمكن بأي حال من الأحوال إعادة تلقيحها مرة أخرى بأي حيوان منوي آخر غير الذي لقحت به بالفعل.

بالإضافة إلى أن الرحم لا ينقل أية صفة وراثية، ولا يسهم بأي تكوين جيني ولا يعمل إلا كحضانة للطفل تحميه وتمده بما يلزم نموه وإنعدام أي أحتمال لاختلاط الإنسان[1].

ولا يخفى علينا أن من الدوافع التى أدت إلى ظهور مثل هذه العملية الدافع الاقتصادى، فى البداية كان هذا الدافع من خلال المؤسسات وأصبح بعد ذلك يمارس على مستوى الأفراد، ولا شك من أن هذا الحدث ابتدع بشكل علمي جديد في تقنياته، وهو أمر لم يبن على فراغ وإنما على فكر علمي بيولوجي، وقام على إختيارات وتجارب، وانبعث من فكر اقتصادي مادي له ابعاده ومدلولاته ولو لم يكن ظاهراً وإنما هناك وقائع تؤكد ذلك وهذا الأسلوب له دوافعه أيضاً من ناحية التجارب البيولوجية المندمجة بالتطور التكنولوجي، وهذا محور بحثنا وسنعبر عنه بالدوافع والبواعث التي أدت إلى نشوء ظاهرة إجارة الأرحام أو التقنيات المساعدة للحمل، وهذه الدوافع يمكن أن يطلق عليها

---

(١) إيران.. من تخصيب اليورانيوم إلى تخصيب الأرحام
لم يكن من المتوقع أن يتقدم اسم إيران فى عمليات تأجير الأرحام، حيث أكدت تقارير صحفية عديدة قادمة من طهران أن العشرات من الأزواج الذين يعانون من مشكلة الإنجاب يقدمون على مراكز التخصيب في إيران يوميا، وهم يحدوهم الأمل في انهاء المعاناة التي يواجهونها منذ أعوام طويلة والوصول إلى الأبوة والأمومة من خلال تأجير أرحام لأجنتهم، فقد تزايدت الأمال لدى الأزواج الذين يعانون من مشاكل الإنجاب خلال الأعوام الأخيرة في إيران بعد اهتمام مراكز التخصيب في حل مشاكلهم من خلال أسلوب الأرحام المستأجرة.

البواعث المباشرة، وكذلك فإن إجارة الأرحام له دوافعه المباشرة وهي التي أدت إلى ولادة هذا الفعل وهذا الدافع هو بعض انواع العقم وسابحث في تعريفه وأقسامه وأسبابه.

ويذكرأن مجلس بيع الحليب في بريطانيا احتفل قبل نحو عشرين سنة بإستكمال تلقيح عشرة ملايين بقرة، وأن تكاثر الماشية أنما يتم في الغالب وعلى نطاق عالمي بواسطة التلقيح الصناعي[1].

ولما تبين لهم أن هذا الأبتكار يعود عليهم بالكسب والربح، قامت الدولة بتشجيع هذه الأبحاث بميزانية مادية عالية، ويدعم مطلق خاصة في بريطانيا وأمدوا هذه التجارب بأموال باهظة.

ولما كان هذا العلم قد حقق بداية طيبة في عالم الاقتصاد والانتاج عملوا على زيادة في النسل لأنواع من الحيوانات التي تجود باللحم والزبد والصوف والبيض وما شابه ذلك، وللعلم في ذلك وسائل كثيرة، منها أنه يبرز تشجيع انتقاء الصنف الجيد والعمل على تكاثره بوسائل الإخصاب والحمل غير التقليدي، فهناك مثلاً أصناف ممتازة من الخيل والمواشي التي يصل ثمن الحيوان الواحد منها إلى عشرات الألوف من الدولارات. فالبقرة مثلاً لا تفرز عادة إلا بيضة واحدة. كما أنها لا تستطيع أن تنجب خلال حياتها الخصبية أكثر من ١٢ عجلاً. ولا تختلف في ذلك البقرة الممتازة عن البقرة العادية.. فقاموا بتكاثر الأصناف الممتازة ولكن كيف يستطيعون الوصول إلى ذلك؟

في الواقع أن البقرة الواحدة تحمل في مبيضها آلاف البيضات، لكنها لا تفرز إلا بيضة واحدة في كل مرة تشوق فيها إلى الإخصاب. فإستخدموا هرمونات من خيل حامل ومن نساء حوامل حثوا بها البقرة على إفراز أكثر من مائة بيضة دفعة واحدة، وبعدَ ذلك يتم إخصاب البيضات بحيوانات مئوية مستخلصة من ثيران منتقاه أو ممتازة الصفات مما يؤدي إلى تكوين عشرات الأجنة. لكن الرحم لا يستطيع أن يستوعب إلا جنيناً. من أجل ذلك قاموا بزرع الأجنة في رحم بقر

(١) مجلة العربى – يوسف زعبلاوى – ع ٢٤٢ – يناير ١٩٧٩ م ص٥٥

رخيصة الثمن[1]، فتطورت هذه التجارب والإختبارات على كثير من الحيوانات منها الضفادع والعجول مما زاد في إنتاج الأصناف الممتازة والنادرة.

ومن هنا نلاحظ سبب انتشار بنوك تخزن فيها الأجنة المجمدة, وبناء مراكز لإجارة الأرحام حيث يتم فيها عمليات التصديق على عقود الأرحام المؤجرة, وذلك بانتقال التجارب إلى الإنسان بهدف الوصول إلى انسان ممتاز يتحلى بصفات نادرة وصبغات وراثية خاصة.

ويكثر انتشار هذه الأماكن في الغرب وخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية ، وبعد مضي نجاح هذه العقود تطورت هذه الحالة إلى انتشار أمكنة مخصصة بالأرحام المستعارة, وذلك بإستخدام الأمهات البديلات وتفعيلهن وإغرائهن بالأموال مقابل موافقتهم على تنفيذ العقد ، أما القائمون على هذا العمل هم الإستغلاليون والسماسرة والماديون, ومن هذه المراكز (وكالة الأسر الموحدة) التي تعتبر أول وكالة أوربية لتأجير الأرحام في ألمانيا الإتحادية[2].

وهناك طريقة غريبة تمارس فى الخفاء, وهى أن هناك مجموعة من البنوك والمستشفيات تقوم بإحهاض الأمهات قبل الشهر السادس, وتبيع الأجنة لمصنع أدوات الزينة والتجميل ، فتقوم مصانع مستحضرات التجميل بتحليلها كيميائياً والإستفادة منها في منتجاتها ، حيث إزداد طلب مصانع مستحضرات التجميل على الأجنة بصورة خطيرة ، جندت هذه المصانع عدداً من الأطباء والممرضات للضغط على الحوامل مادياً ومعنوياً لإجهاضهن, حتى بلغ سعر الجنين في اليابان ٢٥ دولارا وأعتقد أن هذا الثمن قد ازداد في وقتنا الحاضر.

وتقوية الإقتصاد يتطلب خبراء متخصصين في هذا المجال ، واتصالهم مع العلماء والباحثين غير ظاهر, ولكن دعم الدولة لهذه التجارب يضعنا في نطاق التساؤل, والسبب ومهما يكن فإن هذا الدافع يعتبر غير مباشر لإبداع مثل تلك

---

(١) مقال الارانب حملت الأبقار – مجلة العربى – د/ عبد المحسن صالح – ع ٢٤٢ يناير ١٩٧٩م ص ٥٨.

(٢) مقال بنوك الحرام تطور نشاطها – المسلمون – السنة الثالثة – الجمعة ١ من ربيع الأول – ١٤٠٨ هجرية.

الأساليب. ونحن نرى أن اتخاذ الدولة هذا الموقف يعتبر بمثابة موافقة ضمنية على تلك العمليات.

لاشك من أن عدم وجود رقابة دولية وليست محلية تحصر التقدمات التكنولوجية بشكل واضح ولكن أخطر أشكال تبعية البلاد اقتصادياً هي تبعيتها التكنولوجية وتعبير التكنولوجيا غير محدد وأن كان النظر إليه ممكنا على أنه يعني مجموعة من الأساليب الفنية والمعارف التطبيقية المستخدمة في مختلف المجالات الاقتصادية[1]، فلولا اكتشاف السائل الذي يحفظ البيضة الملقحة من الموت والتلف ويبقيها زمن طويل خارج الرحم دون أن يصيبها أي ضرر، وكذلك استخدام الأدوات الطبية واستعمال أجهزة الحاسوب الحديثة وآلات الاختبار المتطورة لما نجحت العملية وتطورت.

والتكنولوجيا تتضمن جانبين: أحدهما مادي حيث تتجسد في معدات وتجهيزات. وجانب غير مادي يشمل المعرفة المحيطة بابتكار التكنولوجيا المجسدة واستخدامها على الوجه الأكمل، وهذه المعرفة تعني هنا، كيف استطاع البريطانيان " د. ادواردز وستبتو " إجراء العملية وتطبيق خطواتها ونجاحها؟ ومن الأمثلة على استخدام التكنولوجيا كمدافع غير المباشر لابتعاث مثل هذه الأبتكارات عند البحث في مجال الانترنت، قرأت أن وسائل الإعلام اليابانية ذكرت أن خبير الخصوبة الإيطالي المثير للجدل سيفرينو انتيتوري أثبت نجاحه في استخدام تكنولوجيا البشر في إحداث الحمل[2]، كما أعلنت شركة تكنولوجيا الخلية المتقدمة الأمريكية في ورسيستر بولاية ماساتشوستس أنها نجحت في استنساخ جنين بشري بهدف تفتيته بعد الحصول على الخلايا الجذعية[3].

ومن هنا نجد أن دوافع إجارة الأرحام غير المباشرة من دعم الاقتصاد وزيادة الإنتاج وتطوير بحوث العلوم البيولوجية هي إحدى الإنجازات الطبية

---

(١) مذكرات فى التنمية الاقتصادية — د/ صبحى تادرس قرصة — ١٩٩٣ م — الدار الجامعية — ص ٤٢.

(٢) مقال طبيب ايطالي يزعم نجاحة فى استنساخ البشر — ٦- ٤ — ٢٠٠٢ م — www.aljazera.net.

(٣) مقال ؛ بدا محادثات مسودة اتفاقية دولية لحظر الاستنساخ — وكالات — رويترز — ٦ - ٤- ٢٠٠٢م - www.aljazera.ne.

الاختيارية النوعية التي نقلت العالم إلى دائرة الشروع في البحث والتقصي والأبداع وخلقت روح الخلاف والنقاش بين العلماء والفقهاء في حكمه وآثاره وجعلت القانون يجلس على كرسي القضاة ؛ ليحكم في مشاكله الجزائية والاجتماعية والأخلاقية.

ب ـ العقم عند الأزواج

من ضمن الأسباب المباشرة لظهور عمليات تأجير الأرحام مسالة العقم عند الأزواج

فالعقم في اللغة: بالفتح والضم: هزمه(1) تقع في الرحم فلا تقبل الولد، والعقم المرأة التي لا تلد والرجل عقيم ومعقوم(2). وأصل العقم القطع وليس المانع من قبول الأثر يقال عقمت مفاصله، وداء عقام لا يقبل البرء(3).

"عدم القدرة على الإنجاب" طبياً : هو النشاف الذي يرفض الاستقبال أو الأمتصاص(4) هو فشل الحمل بعد مضي سنة كاملة على المعاشرة الزوجية(5).

وقد عنى الغرب من زيادة فى نسبة الأزواج المصابين بالعقم, أن العقم مشكلة وقف عندها الطب واعتبره مرضاً كسائر الأمراض يجب معالجته, والشرع أباح التداوي من الأمراض، والمشكلة وقعت في دول الغرب حيث زاد عدد النساء العاقرات في أوربا والولايات المتحدة والبلاد المتقدمة في زيادة مطردة(6).

---

(1) الهزم : غمز الشيء باليد فينغمز فينهزم فى جوفه — ابن منظور — لسان العرب — ج١٢- ص٦٠٨.

(2) المبارك ابن محمد الجزرى المعروف ابن الاثير — النهاية فى غريب الحديث — والاثر — دار الباز للنشر والتوزيع — ج٣ — ص٢٨٢.

(3) الراغب للاصفهانى — المفردات — ص ٣٤٢ العقم: هو المرض الدائم الذي لم يتوصل العلم إلى علاج له حتى الان، ومثاله الأمراض الخلقية والوراثية الشديدة التي تصيب الجه التناسلي وعلى وجه الخصوص الغدة التناسلية. عدم الإخصاب: ويعني بعدم الإنجاب لمدة سنة كاملة رغم وجود علاقة زوجية سليمة وبدون استخدام أي مانع من موانع الحمل.

عدم الإخصاب: ويعني بعدم الإنجاب لمدة سنة كاملة رغم وجود علاقة زوجية سليمة وبدون استخدام أي مانع من موانع الحمل.

(4) Islam and family planning /ahmed Elshrabasy ph.d/al-Ahar univirsty /alahram printing hose, pp 612- 96.

(5) العقم عند النساء والرجال — اسبيروا فاخورى — دار العلم للملايين — بيروت — ١٩٧٩ م- ط١ ص٧.

(6) (١٨/٣/١٩٨٥م) مجلة النيوزويك الأمريكية.

هذا وقد جاء فى مجلة النيوزويك الأمريكية أن واحداً من كل سبعة يعانون من العقم وهم في سن الإنجاب. ويقول كتاب الزوجين العقيمين: إصدار شركة سيبا أن ١٠٪ من الأزواج في سن الإنجاب يعانون من العقم في الولايات المتحدة (مجلد ٢٨/رقم ١٩٧٦/٥م)[١] وفي الولايات المتحدة كما أن هناك أكثر من نصف مليون امرأة عاقر (في سن الحمل بسبب إنسداد أو غياب القناة (قناة فالوب)[٢].

وقد أشار الأطباء إلى أنه مرض يصيب الرجال كما يصيب النساء، وأنه لا يعني الضعف الجنسي؛ فقد يكون المرء عقيماً ومتمتعاً بقواه الجنسية. وعلى العكس قد يكون منجباً للأطفال ولكنه ضعيف جنسياً لأسباب نفسية، ودوافع عاطفية يمكن معالجتها.

ويعتبر حد إطلاق العقم على الزواج بعد مضي ثلاث سنوات دون حدوث حمل بالرغم من توافرأسبابه ثم قدرت بسنتين ثم انتهى بتقديرها بسنة واحدة وهو اقتراح الجمعية الأمريكية لدراسة العقم.

إلا أنه وجد اللغة الانكليزية مصطلح العقم Sterility ومصطلح عدم الإخصاب Infertility مما حمل بعض الباحثين من الأطباء على التفريق بينهما[٣].

ج ـ الأسباب التى أدت إلى إمكانية تقبل ظاهرة تأجيرالأرحام فى العرف الاجتماعى لدى الفقه المقارن:..

يرجع السبب فى تقبل العرف لفكرة تأجير الأرحام عند الفقه المقارن إلى أن هناك قبول لدى بعض الدول لعملية التأجير وذلك يرجع إلى تقارب انظمة الزواج عندهم والانجاب لهذه العملية.

---

(١) بحث التلقيح الصناعى وأطفال الأنابيب – د/ محمد على البار – مجلة المجمع الفقه الإسلامي – ٢٥- ع٢ – ١٤٠٧ هجرى – ص ٢٧٦.

(٢) ندوة الإنجاب / الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة – الإنجاب فى ضوء الإسلام – اشراف وتقديم د/ عبد الرحمن العوضى – ثبت كامل لاعمال ندوة الإنجاب فى ضوء الإسلام المنعقدة بتاريخ ١١- شعبان ١٤٠٣ هجرى – الموافق ٢٤ مايوا ١٩٨٣م – ط٢ – ١٩٩١ م – المنظمة الإسلامية للعلم الطبية – سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي – ص ٤١٩.

(٣) مقال (التلقيح الصناعى من ثمار مسية الطب –) د/ محمد على البار – مجلة القافلة السعودية – العدد التاسع – اظار –نيثان – ١٩٩١م- ص ١٩ – ٢٠.

فقديما وكما سبق أن ذكرنا ظهرت الشيوعية الجنسية التي مرت بها بعض الأمم على مر العصور في تاريخ الإنسانية. وفقدت فيها الرجال النخوة وانعدمت جميع صفات الفضائل. فجمعت المرأة في وقت واحد بين رجال متعددين.

وها نحن الآن فى عصرنا الحديث أمام قضية تبادل الأزواج و الحمد لله - أنها قضية وإنتهت قبل أن تصبح ظاهرة . وهى تشبه جماع المرأة لأكثر من رجل ولا يهم ما يترتب عليه هذا الجماع.

وكذلك هناك أوجه شبه بين قضية تأجير الأرحام. كصورة من صور النوازل والوقائع والمستجدات الحديثة وما يترتب عليها من آثار. وبين طريقة الصوفة قديما والتى كانت طريق مصطنعة من طرق الإنجاب وغيرها من الطرق التى حرمها الإسلام.

وليس كل ما هو جديد ومستحدث خادم للبشرية ؛ فمثلا فى قضية تأجير الأرحام نرى من جانبنا أنها اهدار لحق المرأة فى وضع عضوٌ من جسمها تحت منفعة الغير وهذا شبيه بوضع المرأة قديما فى الأزمنة الماضية حتى محت عنها إنسانيتها فأصبحت كالحيوان تباع وتشترى. وكانت كالعبيد تقوم بزرع الأرض ورعي الماشية.

فلما جاء الإسلام رفع شأن المرأة وأعلى مكانتها. فقد جاء في القرآن الكريم :

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ (١).

وفى هذا الشأن اتفقت جميع الأديان علي أن النكاح مشروع للتناسل وبقاء النوع وهذا أمر فطري غريزي فإذاً كانت الحيوانات تنجب من خلال التلقيح بدافع الشهوة البهيمية فيها لحرصها علي التناسل والمحافظة علي نتاجها والاعتناء به. فالإنسان أولى بما أوتى من العقل أن يعمل بمقتضى فطرته علي أن يحافظ على الإنجاب بالطريقة الفطرية التى رسمها الله له وأمره بها. وليس هذا

(١) النساء الآية ١.

فقط بل يجب عليه أن يؤمن بقضاء الله عند عدم إمكانيته للإنجاب بعد استنفاذ الوسائل المساعدة التى لا ريب ولا شك فيها, فمنذ وجد النوع البشري علي الأرض وجد الزواج والاجتماع بين الرجل والمرأة, ومن ثم اقتصار الحمل على الزوجة فقط بما لها من خصوصية على تلك النطف المشتركة فيها مع زوجها.

الفرع الثاني

إنعكاسات مشكلة تأجير الارحام

لا جدال في أن هذه الوسيلة أثارت جدلاً عنيفاً في الأوساط القانونية والطبية, وظل الفقه القانوني والقضاء منقسما علي نفسه ومترددا بين الرفض والإباحة وذلك على الصعيد العالمي, فبينما يرى البعض أن هذه الوسيلة فيها تحديات لمبادئ القانون بالإضافة إلى اختفاء الطابع الإنساني منها إذ أنها متاجرة فيما هو مقدس لدى البشر "رابطة الأمومة".

ويرى البعض الآخر أن هذه العملية كمثيلتها من طرق الإنجاب الصناعي تمثل باباً من الأمل انفتح لزوجين عقيمين ولا ينبغي بأي حال غلقه ثانية.

وعلى الرغم من موقفنا المعارض لهذه الوسيلة إلا أننا نرى أن المبادئ القانونية التي ينادي بها أصحاب الرأى الغير مؤيد لهذه العملية قد اعتراها الجمود ولم تعد تصلح وحدها للتطبيق لاسيما بعد أن اعترف المشرع نفسه بهذه الوسيلة في بعض الدول التي سنسردها فيما بعد - إن شاء الله تعالى- .

فلابد من أن يعترى هذه المبادئ نظم جديدة تعززها وتجعلها مرنه تتماشى مع ما نحن عليه الآن في أغلب الأحيان وبعد أن أخذت الوسيلة الشكل المنظم فإن أغلب العمليات تمر بقنوات إدارية معينة تمثل حلقة وصل بين عارضات الحمل وطالبين الحوامل وهي الجمعيات والمكاتب المتخصصة إلا أن هذا لم يمنع من أن يتم الاتفاق مباشرة مع الحامل دون وسيط, وفي جميع الأحوال, فإن نشاط الوساطة يقع تحت طائلة القانون الجنائي في جرائم عديدة[1] .

---

(١) ١- جريمة نسب طفل إلى امرأة لم تلده والمنصوص عليها في المادة ٤/٣٤٥ عقوبات فرنسي وعقوبتها السجن مع الأشغال الشاقة من خمس إلى عشر سنوات.
٢- أي عضو في جمعية للأمهات بالانابة أو أي محرر للعقد والأم الحامل ذاتها يرتكب الجنحة المنصوص عليها في المادة ٣٣٤ عقوبات فرنسي والخاصة بانشطة القوادة
=

وانطلاقا مما سبق فكيف يكون شكل الاتفاق المبرم من خلال هذه القنوات الإدارية سابقة الذكر؟ وأين هي المرجعية القانونية المستند عليها هذا الاتفاق؟

بالنظرفي (المادة "١/٣٥٣" عقوبات فرنسي) نجد انطباقها علي الغرض الخاص بالجمعيات (H) والمكتب العامل في هذا النشاط.

هذا وقد انحاز القضاء الإداري والعادي لهذا التفسير، وانطباق هذه الجريمة علي أنشطة هذه الجمعيات.

وقد أيد مجلس الدولة الفرنسي سنة "١٩٨٨" حكم المحكمة الإدارية باستراسبورج لسنة ١٩٨٦ بشأن جمعية "cigognes.Les" المتخصصة في أنشطة الوساطة للأمهات بالإنابة[1].

=

Proxenetisme المعاقب عليها بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات والغرامة من خمسين إلى خمسمائة ألف فرنك وهو أي شخص يحضر أو يساعد أو يتستر عمداً علي دعارة الغير أو يحرض بغرض الدعارة "م٣٣٤/١" عقوبات فرنسي أو يقوم بوساطة مكتب أيا كان شكلها بين الأشخاص الذي يعملون بالدعارة والفجور "م٣٣٤/٦".

٣- جريمة التزوير في سجلات الحالة المدنية "م٤٠/٦ ع.ف"

٤- جريمة حظر أي نشاط للوساطة في التبني "م١٠٠/١" من قانون الأسرة والمساعدة الاجتماعية والترخيص واجب الحصول عليه من قبل الإدارة للقيام بانشطة من هذا القبول وممارسة أي نشاط بدون الترخيص أو مع الترخيص بانتهاك الشروط القانونية معاقب عليه بالحبس من عشرة أيام إلى ثلاثة أشهر أو بالغرامة من خمسمائة فرانك إلى عشرين ألف فرنك.

"٥" جريمة التحريض علي التنازل عن طفل المنصوص عليها في المادة "٣٥٣/١ ع.ف" من أنه يعاقب بالحبس من عشرة أيام إلى ستة أشهر والغرامة من خمسمائة إلى عشرين ألف فرنك.

أي شخص يحرض بنية الكسب والدين أو أحدهما علي التنازل عن طفليهما المولود أو الذي سيولد.

- كل شخص حصل علي توقيع "الموافقة" أو يحاول الحصول عليها والدين مستقبلين أو أحد منهما علي سند من شأنه التزامه بالتنازل عن طفله الذي سيولد والذي حاز هذا السند أو حاول أن يستعمله.

- كل شخص قدم بنية الكسب أو حاول أن يقدم وساطته من أجل استقبال أو تبني طفل

Serge Regourd "sexualite, et libertes publiques "Ann – uni – de Toulouse. 1985

Tome – xxx 111 p في ذلك راجع

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي trip Admin – de sttasbouyg 3ch – 17 - juin.

نرى أن تكييف التعامل بهذه الوسيلة وبالطريقة التي تتبعها هذه القنوات أو المنظمات سالفة الذكر لن يثمر عنه سوى زيادة الجوانب العلمية للمشكلة. واستنادا منا وتأييدا لما اشترطه المشرع الإيطالي لتحقيق الوظيفة الاجتماعية في العقود غير المسماة التي اشترط المشرع في (المادة ١٣٢٢ مدني إيطالي الصادر سنة ١٩٤٢) أن تتحقق عن طريقها الوظيفة التي يتطلبها القانون من العقد. وقد أورد تقرير وزارة العدل الإيطالية عن هذه المادة: "أن النظام القانوني أو القانون لا يمكن أن يبسط حمايته علي مجرد الهوى الشخصي. ولكنه يضمن هذه الحماية فقط للعقود التي لها أهمية في الحياة الاجتماعية أي الوظائف والمصالح التي تستحق تلك الحماية" كذلك نصت[1] علي أنه "للمتعاقدين إنشاء عقود لم ينص عليها في القانون بشرط أن تتحقق بها مصالح تستحق الحماية بحسب قواعد النظام القانوني الإيطالي".

هل يعنى غياب النص القانوني بمثابة موافقة ضمنية من المشرع على مثل هذه العمليات؟ أما انه تقاعس منه على موقفه السلبي وعدم مسايرة التغيرات الطبية المستحدثة في ظل ما نحن عليه الآن وخاصة أننا نعيش تحت ظل سياسة الأمر الواقع؟ بناء على نص" المادة الأولى من القانون المدني بأنه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة".

لفت انتباهى في جريدة الأهرام بتاريخ ٢٠١٠/١/٢٢ عدد يوم الجمعة عنوان يقول تشريعات ٢٠٠٩ على مائدة كبار العلماء وكان يندرج منها عنوان " قانون التلقيح وأطفال الأنابيب "والذي يعنينا في هذا أن علماء المجمع اشترطوا عدم التلاعب بالنطف أو الاستعانة بنطف متبرع آخر غير الزوج أو بويضة امرأة غير الزوجة. وإلا كان الطفل غير شرعي. كما حذر العلماء مما يسمى بتأجير الأرحام..........فهذا هو رأى علماء الشرع. فأين هو رأى علماء القانون في ظل غياب النص القانوني الرادع لهذه العملية هل ترك الحكم للأخلاق أو بدل

(١) ديموج في الإلتزامات – جـ ١ فقرة ١٣.

القانون الوضعي بالقانون الطبيعي...؟ الخوف من أن تنتشر هذه العملية كمثيلتها السابقة عمليات الإجهاض حتى يحين وضع نص قانوني.

فالمشرع يحيل للقاضي عند تخلف النص التشريعي والقاعدة العرفية مبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا رجع القاضي إلى هذه المبادئ فهل يكون مرجعه الأحكام الشرعية فقط والثابتة في كتب الفقه الإسلامي؟ وما الحل إذا لم يجد حكما شرعيا ثبت بالنص أو الإجماع وخاصة أننا أمام مشكلة حقيقية واقعة بالفعل ولسنا أمام افتراضات في هذه الحالة؟ هل يترك القاضي الشريعة ويلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؟

الواقع أن القاضي عندما يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية للبحث عن حكم نازلة إنما يجب عليه البحث في دليل هذا الحكم. وهو عندما يرجع إلى هذه الأدلة يستعين بها في التوصل إلى الحكم. فهو ليس في حاجة بعد ذلك إلى أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي[1] ومبادئ الشريعة الإسلامية لابد لها من أن تمده بحل في كل مسألة متصور حدوثها في المجتمع. ومن أدلة الأحكام الشرعية التي تجعل القاضى متعسفا فى إصدارحكمه عند تخلف الحكم الشرعي الثابت بالنص أوالإجماع أو القياس أو استحسان المصالح المرسلة.

وتفصيل ذلك أن تشريع الأحكام ما قصد به إلا تحقيق مصالح الناس أي جلب نفع لهم أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم. وإن مصالح الناس لا تنحصر جزئياتها ولا ينتهى أفرادها وأنها تتجدد بتجدد أحوال الناس وتتطور باختلاف المجتمعات وهذه المصالح هى:

---

(١) ويذهب الكاتب الألماني توماسيوس إلى أن الحقوق الطبيعية هي الحرية والمواهب الطبيعية والحق في الحياة وفي التفكير
أما الأستاذ بلانيول فقد بنى مبادئ القانون الطبيعي علي العدل وسلامة الذوق وحصر معالمه في حريات الأفراد وضمان أرواحهم وفي حرية العمل وحرية الملكية ثم في صيانة النظام الاجتماعي والأدبي وحقوق الاسرة. وذلك باعتبار أن هذه المبادئ حيوية للبشر كافة ومضمونها مشترك في كل القوانين الوضعية وهي دائما - هدف المشرع ونصب عينيه فيما يسنة من قواعد. كما يضيف الأستاذ جوسران طائفة أخرى من المبادئ الثابتة التي لا تتغير مثل الوفاء بالوعد والقوة الملزمة للعقود وعدم رجعية القانون واصلاح الضرر الذي تسبب عن غير حق وهكذا.

المصالح المعتبرة: هى المعانى المناسبة التى قام الدليل الشرعى على رعايتها واعتبارها . وهى التى تسمى فى اصطلاح الاصولين بالمناسب المعتبر[1].

وهذا النوع من المصالح لا خلاف فى جواز التعليل به وبناء الحكم عليه عند القائلين بحجية القياس[2] فهذا القسم من المصالح يدخل فى باب القياس أو هو القياس نفسه فالمصالح المعتبره إذا غايات يتوصل إليها بالحكم . فهى مصلحة حقيقية والحكم الذى يتوصل به إليها مصلحة مجازية فما شهد الشرع بقبوله من هذا النوع فلا إشكال فى صحته, بخلاف ما لم يعتبره الشرع .

والمصالح الملغاة: هى المعانى المناسبة التى قام الدليل الشرعى المعين على إلغائها وعدم إعتبارها وهى التى تسمى فى اصطلاح الاصوليين بالمناسب الملغى[3] وذلك لما فيه من تحقق الضرر — ولو توهم الانسان ان فيها مصلحة سواء كان ضررها واضحا أم أنها تؤدى الى ضرر لاحق . أم لا يدرك ضررها إلا بالنظر أو الفكر.

المصلحة الملغاة لا يجوز التعليل بها ولا بناء الحكم عليها بإتفاق العلماء[4].

والمصالح المرسلة: وهي التي لم يقم دليل من الشرع علي اعتبارها أو إلغائها. وسميت هذه المصالح مرسلة لأنها مطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغائها.

ومن ثم المشكلة التي تعرض للقاضي ولا يجد لها حلاً في التشريع أو العرف أو يجد لها حكما ضمن أحكام الشريعة الإسلامية المستندة إلى الأدلة تعد مصلحة مرسلة أي مطلقة عن أي دليل يعتبرها أو يلغيها. وفي هذه الحالة يحق للقاضي أن يصدر حكما علي أساس هذه المصلحة بناء علي ما يدركه عقله من

---

(١) شفاء الغليل: للغزالى, ص ١٤٨ . أصول الفقه, للشيخ ذكى الدين شعبان — ص ١٣١ ط . دار نافع. نشر دار الكتاب الجامعى — بدون تاريخ.

(٢) إرشاد الفحول: للشوكانى (١٨٥/٢), المستصفى: للغزالى . ص ٢٨٠ . تعليل الاحكام : لمحمد مصطفى شلبى, ص ٢٨١.

(٣) شفاء الغليل: للغزالى . ص ١٤٩ . أصول الفقه . للشيخ ذكى الدين شعبان — ص ١٣١.

(٤) المحصول: للإمام الرازى: (٢٢٩/٢) . المستصفى: للغزالى ص ١٧٤- الموافقات للشاطبى (١٢/٢), أصول الفقه: لزكى الدين شعبان ص ١٣٢.

نفع أو ضرر. ولكن يشترط لذلك توافر المصلحة المرسلة, وأن تكون كلية تخدم العامة وليس الخاصة, بالإضافة إلى إلا يوجد بها ما يعارض المبدأ الشرعي وهذا ما يعنينا وذلك لعدم الإطالة, ولكننا نرى من جانبنا أنه إذا تجرد أو تحررالنظام القانوني تجردت الأخلاق.

أ ـ هل ساعدت فكرة الحرية المطلقة ظهور إستخدام الأرحام:

لو طبقنا مبادئ القانون الطبيعي مع الأخذ في الإحتياط بإتخاذ التدابيراللازمة لعدم إختلاط الأنساب سيكون هذا بمثابة رخصة في الاستعانة بوسيلة تأجير أرحام باعتبار أن القانون الطبيعي يتمثل في حق الحياة وحرمة المساس بها وفي الحق في الحرية وضرورة توافرها لكل فرد. وعن هذين الحقين الأساسيين تتفرع سائر مبادئ القانون الطبيعي. إذن الأخذ بفكرة الحرية المطلقة سوف تؤدى بنا إلى الاستعانة بعملية الرحم المستأجر. إذا لابد من إقتران النظم القانونية مع فكرة الحرية للفرد حتى نضمن التوازن ولمعرفة إمكانية ذلك سنتطرق لمدى موائمة النظم القانونية للجوانب العلمية للمشكلة.

مدى مواءمة النظم القانونية للجوانب العلمية للمشكلة :

ومن مقاصد النظم القانونية ضمان سلامة الجماعة وتماسكها والحفاظ علي قيامها بعدم استغلال الغنى للفقير, وكذلك الحفاظ على الضبط الاجتماعي والتوازن في العلاقات والحفاظ علي مقتضى الثقة المشروعة في التعامل.

وفي كل ذلك يتوقف نجاح التنظيم علي مسايرة ومواكبة المستجدات والنوازل والمتغيرات الاجتماعية والأخلاقية في المجتمع محل التنظيم. ويحسب للقانون موقفه تجاه كل اتفاق يكون مخالفاً للنظام العام ويعد تحايلاً علي القواعد القانونية فيقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة؛ ويباح إثباته بكافة الطرق ولو كانت صاحبة الرحم المستأجر طرفاً في الاتفاق.

وتأكيداً للسياق السابق نص (المادة ١٣٦ مدني) "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً." تحتمل أن ترد علي سبب الالتزام وسبب العقد وذلك باشتراط الوجود واشتراط المشروعية.

نحن نرى أنه لا ينبغي أن نعلق فقط على الأضرار التي قد تنتج على المشاكل الاجتماعية المتمثلة في سوء الأخلاق وحدها لممارسي عمليات تأجير الأرحام؛ حيث أن النظم الأخلاقية علم عادات وليست قانونا ثابتاً.

وتأكيداً لذلك يرى Ogest cont أن الأخلاق ليست ثابتة ولكنها متغيرة، كما أن الأخلاق ليست علم قيمة ولكنها علم عادة وهذه النظرية مما لا شك فيه معارضة للإسلام.

ويترتب على ذلك أن المشاكل الاجتماعية لن تكون مبررا لعدم الجواز؛ لأنها قد تكون غدا ليست مشكلة اجتماعية، بالإضافة إلى أن هذه المشاكل الأخلاقية يمكن أن تكون نسبية أي تختلف من مجتمع إلى آخر إذن لا يمكن الاعتماد عليها وحدها.

ب ـ كيفية ممارسة تأجير الأرحام:

سبق وأن ذكرنا في الصفحات السابقة من هذا الكتاب أنه تم إنشاء وكالة دولية أوربية لتأجير أرحام السيدات في مدينة فرانكفورت بألمانيا الغربية، قام بتأسيس هذه الوكالة محام أمريكي شاب يدعى نويل كين وكان هذا المحامي قد أسس وكالة مماثلة في ولاية ميتشجان الأمريكية منذ عشر سنوات، تقول مديرة الوكالة الأوربية الجديدة هاتيلور سيدلر أن الوكالة تلقت ١٢ طلباً خلال اليومين الأولين بعد الأفتتاح. وتضيف بأن رسوم تأجير الرحم تبلغ حالياً ٣٠ ألف دولار توزع كالآتي:

١٠ آلاف دولار لمؤجرة الرحم.

١٥ ألف دولار للوكالة.

٥ آلاف دولار مقابل مصاريف الولادة[1].

ولدى الوكالة حالياً مائة أم للإجارة، ومن تقاليد الوكالة أن تختار صاحبة البيضة لوليدها المنتظر من بين خمس أمهات بديلات، والمؤسسة تمنع أي لقاء بين الزوجين وصاحبة الرحم المستأجر.

---

(١) المتاجرة بالأمومة والاعضاء البشرية — د/ سميرة غويبة — مكتبة مدبولي الصغير — ط١ - ١٩٩٩م — ستاربرس للطباعة والنشر — الهرم — مصر — ص ٤٩.

ولكي تكون المرأة صاحبة الرحم عضواً في المؤسسة عليها أن تملأ نموذجاً يتضمن اسمها وعنوانها وحالتها الاجتماعية وصفاتها الجسدية.

وتقدم الاستمارة مع طلب توضح فيه أسباب لجوئها إلى المؤسسة, وترفق بالطلب صورتين شمسيتين, وصورة كاملة, وتقريراً طبياً من طبيب أمراض نساء وطبيب نفسي.

وبعد البحث والتمحيص تقبل المرأة عضو في المؤسسة, يصبح في إمكانها أن تدخل أي مستشفى حسب رغبتها وأختيارها حتى تصبح تحت تصرف المؤسسة, ولتتم رعايتها طوال فترة الحمل على أن يتحمل الزوجان اللذان يطلبان الحمل كل النفقات حتى ملابس الحمل الواسعة ويمكنهما تقديم بعض النقود يعبران بها عن الشكر للمرأة التي تتعب من أجلهما.

وجدير بالذكر أن من أسباب تفاقم الجوانب العلمية لمشاكل عمليات تأجير الأرحام على الصعيد العالمى والمحلى هو وجود التباين الشديد بين النظم والقوانين العربية ومثيلتها الغربية من حيث معيار الضبط الأخلاقى الذى وضعته الشريعه الإسلامية للنظم العربية المختصه بالنوازل الطبيه الحديثة التى تخص الإنجاب والتناسل على وجه الخصوص, أما على المستوى العالم الغربى فهناك غياب للأخلاق لدى المجتمع الغربى ؛ فبعض الأسر فى المجتمع الغربى مازالت تمارس جميع أشكال العلاقة الجنسية خارج إطارعقد الزواج, مما قد ينتج عنه انتشار الفاحشة الجنسية التي يترتب على آثارها الانحلال الخلقي والفساد الاجتماعى وما لا يحصى من الأمراض النفسية والجسدية(١).

كما تبرزالجوانب العلمية للمشكلة من خلال تفاوت العادات والمعتقدات الدينة وخاصة بعد انتشار عمليات الإخصاب الطبي المساعد التى بدأت تأخذ صوراً كثيرة وأشكالاً متعددة، وأصبحت تمثل وسيلة واسعة التداول في بلاد أوروبا وبعضا من البلاد العربية، فلقد ظهر في أوروبا أعداد كبيرة من راغبيها, ونرى من جانبنا أن السبب السريع فى هذا الانتشار توجه الدول التى اعتادت

(١) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الإعتداء علي الأشخاص، القاهرة ١٩٧٨، رقم ٣٢٣ ص ٣٢٨.

مثل هذه العمليات إلى الإباحية بشكل يجعلها لا تبالي بمسائل مثل حفظ الانساب والنسل. فكيف تنظر إلى مثل هذه الأمور وهى معتادة الزنا بحجة الحرية الفردية وعمليات الإجهاض وما إلى ذلك. فحجر الزاوية عندها هو رضاء أطراف العملية والخلاص الوحيد من وجهة نظرنا هو تفعيل القواعد الأخلاقية المتمثلة فى المقاصد الشرعية التى تتماشى مع المصلحة العامة وكذلك الفردية.

لا جدال حول تأثير التقدم الطبى فى مجالاته المختلفة على نطاق ومضمون التنظيم القانونى. ومن قبيل ذلك التقدم، مسالة تأجير الأرحام. وما كان لذلك من أثر فى مكان وزمان تحديد إبرام التصرفات بهذه الوسائل. ثم بكيفية اثباتها ثم ماكان لاكتشاف عمليات تأجير من أثر فى تحديد كيفية حماية من هذه العمليات على المستوى القانونى.

وكذلك للتقدم العلمى فى مجال الإنجاب الصناعى بصفة عامة من أثرفي ضرورة تحديد ضوابطه التى تحفظ الأنساب وتصون الأعراض والحرمات. ولا تعتدى على الحقوق المالية وغير المالية.

وكذلك للتقدم العلمي في مجال التبرع بالأعضاء التناسلية أي عضو الرحم من أثر في ضرورة وضع ضوابطه التي توازن بين مصلحة المتعاملين والمتدخلين في هذا المجال بما يحفظ للجسد سلامته وحسن أداء وظيفته وبما يفيد الجماعة.

ومهما يكن من أمر فإن الحركات العلمية والاصلاحية للحد من منع تفاقم المشاكل العلمية الناتجة عن النوازل الطبيه المستحدثة فى صورة تأجير الأرحام محل هذا الكتاب كانت هناك روافد صبت في مجرى واحد شقه من قبل الحوار والتفاعل السابق بين الشرق والغرب.

ومن أسباب تفاقم الجوانب العلمية لمشاكل عمليات تأجير الأرحام ممارسة التجارب والدراسات التي تحاول أن تجعل من الإنسان مادة طبيعية يمكن تطبيقها من خلال منهج علمي تجريبي قد يظهر نجاحه واضحاً عندما استطاع أن يصل إلى غايته فكل ما فعلته هو أنها طبقت على البشرية منهجا كان من المفترض أن يطبق على الحيوانات لإنتاج سلالات جديدة يمكن من خلاله دراسة الظواهر

البشرية. وعندما وجدوا أن هناك نجاحا في تطبيق هذا المنهج، انتظروا أن يفتح العلم عليهم بشئ جديد كعمليات الاستنساخ مثلا. .

وكذلك نسبية فكرتي النظام العام والآداب اللتان تعبران عن الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع.تختلف من مجتمع إلى آخر والعبرة في ذلك أنما تكون بالاعتقاد العام المسيطر علي أفراد المجتمع ، وإن خالف اعتقاد شخص أو أخر هذا الاعتقاد العام ، حتى ولو كان هذا الشخص هو من يقوم بمهمة تطبيق القانون.

ومن أسباب تفاقم الجوانب العلمية لمشاكل عمليات تأجير الأرحام عدم تفعيل المقاصد الشرعية مع وضع قواعد قانونية لحمايتها. فمن الضروري لمسايرة طبيعة الحوادث والمستجدات الكونية والإنسانية التي تقتضي المعالجة الشرعية لها وفق المنظور المقاصدي للأخلاق ، ومن ثم فإن تطبيق المقاصد في حياة الناس أمر لا بد منه ولا محيد عنه ، ولاشك أن التوازن بين المقاصد الشرعية المتمثلة في الأخلاق والقواعد القانونية إنما يأتي انعكاساً لتفاعل العوامل الاقتصادية والدينية السائدة في المجتمع في وقت معين بالنظر لأن القانون كعلم اجتماعي يتأثر بالبيئة محل التنظيم. وهو ما يفسر اختلاف التنظيم القانوني من مجتمع لآخر ومن وقت لآخر حسب ما يسود فيه من عوامل مؤثرة.

ومن الأسباب أيضاً صورة المرأة غير المتزوجة والتي ترغب بممارسة دورها في الأمومة والقيام بعملية التلقيح الصناعي والاستفادة من ثمرة التقدم متناسية حق الطفل المنتظر في أن يعيش حياة أسرية متكاملة(١).

---

(١) وقد تجدد الجدل حول التلقيح الصناعي في الولايات المتحدة، إذ اعتبر القضاء فتاة الأنابيب طفلة من دون أهل شرعيين فقد أطلق أحد قضاة كاليفورنيا الجدل مجددا حول التلقيح الصناعي عندما اعتبر فتاة انابيب طفلة من دون أهل شرعيين. وقال جيفري دورينغز محامي الطفلة أن لا سابقة قانونية لوضع هذه الطفلة التي تدعي جايسي بوزانكا. ففي عام ١٩٩٤ قرر رجل وامرأة يعانيان من العقم استخدام مني وبويضة رجل وسيدة مجهولين. وتم زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة تعاقدت معها عائلة بوزانكا. لكن الزوج جون بوزانكا طلب الطلاق من زوجته قبل شهر من ولادة الطفلة ورفض أن يتحمل مسؤولية إبوتها. وأهتمت زوجته لوان بالطفلة منذ ولادتها واعتنت بها كما لو كانت ابنتها فعلا.
كما لجأت إلى القضاء لكي يعلن امومتها الشرعية مطالبة زوجها السابق بنفقة تساعدها علي اعالة ابنتها وتربيتها. وقال جيفري دورينغر محامي الطفلة الذي عينته المحكمة =

وكذلك رغبة الأبوين البيولوجيين في سعيهما للسيطرة علي الطبيعة من خلال سعيهما الدؤوب للسيطرة علي غيره من البشر. بتسخير أرحام أخريات لحسابهم وللأسف لم تسلم بلدنا مصر كغيرها من سماسرة الأطفال[1] وكذلك رغبة الأزواج متوحدى الجنس فى أن يكون لهم اطفال من وسيلة إيجار الأرحام.

=

للدفاع عن حقوقها أن جون بوزانكا وقع عقداً مع السيدة التي حملت الجنين وبالتالي فإنه "تسبب بخلق هذا الولد أراد ذلك أم لا".

وأضاف "أنها مسألة منطق فالشخص الذي يتسبب بولادة طفل أيا كانت الطريقة يجب أن يكون مسؤولاً عنه". لكن حكم المحكمة الذي أصدره القاضي روبرت مونارك قال أن السيدة بوزانكا "ليست مؤهلة لأن تكون الأم الشرعية". وأيدت المحكمة الزوج السابق معتبرة أنه ليس ملزماً بدفع أي نفقة.

وطلب محاميا الطفلة والأم استئناف الحكم. وقال جيفري دورينغر في محاولة لتبرير حكم القضاء بعدم اعتبار السيدة بوزانكا "أما شرعية" أن هذه هي المرة الأولى في قضايا أطفال الأنابيب لا تكون فيها أي صلة عضوية للجنين بالأبوين اللذين أراداه أو بالسيدة التي حملته.

وكانت الأمور قد تعقدت لفترة قصيرة في الأشهر الأخيرة عندما طلبت السيدة التي حملت الجنين منحها حق حضانة الطفلة ثم عادت وعدلت عن قرارها.

وسلطت القضية الضوء علي نقص تشريعي في مجال الوضع القانوني للوالدات "الحاملات" بالتعاقد في الولايات المتحدة.

- فليس هناك أي تشريع اتحادي في هذا المجال ومازال بعض الولايات يعاني فراغاً قانونيا مطلقا. وقد منعت ولايات عدة اتباع هذه الطريقة في الإنجاب التي بدأت في الثمانينات وأدت إلى قيام "وكالات" متخصصة بهدف تجاري بحت. وتصل كلفة انجاب طفل بواسطة سيدة هي غير الأم حوالي ٥٣ ألف دولار أمريكي.

وتعتبر بعض الولايات أن العقود بين الوالدات "الحاملات" وبين "الأبوين" لا قيمة قانونية لها. بينما تقبل ولايات أخرى بهذه الطريقة للانجاب شرط إلا تتقاضي "الحاملة" أي أجر أو مكافأة.

وعندما يولد الطفل يجب أن يعترف به والده الطبيعي (أي صاحب المني) وأن تتبناه "أمه" علي أن تتخلى الأم التي حملته وانجبته عن حقوقها.

لكن مشكلة جايسي أنها خلقت من مني وبويضات مجهولين. فلا أهل طبيعين معروفين لها مما يعقد أحتمال السير قدما في قضية التبني. وعند اللجوء إلى المحاكم فإن العلاقة العضوية هي التي تكسب الدعوى.

(جريدة الرأي الأردنية العدد ٩٨٦٨ تاريخ ١٩٩٧/٩/١٣)

(١) هذا على لسان الكاتب الصحفي الأستاذ مجدي الجلاد رئيس تحرير جريدة المصري اليوم وذلك من خلال استضافته في برنامج تليفزيوني

يدعى هذا المساء على قناة دريم بتاريخ ١٢/ ١/ ٢٠٠٩ وكان الموضوع بخصوص بلاغ من السفارة الأمريكية لأول مرة في مصر " الاتجار بين مصر وأمريكا وهى بيع الأطفال حديثي الولادة كأولاد السفاح مثلا وتتم الصفقة بين الأبوين الأجنبيين والأم الحامل والمركز أو الطبيب الذي قام بهذه العملية قبل الولادة مباشرة أثناء حمل الأم والله يعجز

=

تلك هي الأنظمة التي تحرم الإتجار بالأطفال. نرى أنها ليست كافية ؛ لأن هذه الفكرة تظل قائمة ومتوقعة مما يؤثر في وضع الأطفال في المجتمع ونظرة الأفراد إليهم. فالطفل يجب أن يظل غاية في حد ذاته وليس وسيلة لتحقيق غاية. فمن حق الأم المستأجرة الحصول علي المصروفات وأوجه الإنفاق الضرورية التي تتناول كافة الاحتياجات اللازمة والتي تفوق ما يحتاجه الإنسان العادي في غير ظروف الحمل. وقد يدفع ذلك بعض السيدات اللاتي يعانين من الفقر لاستعمال اجسامهن لتحسين أوضاعهن المالية. فالإنجاب بهذه الوسيلة يساعد علي استغلال القادرين مالياً لغير القادرين. وقد يتحقق الاستغلال من الأم صاحبة الرحم المستأجر للزوجين[1].

وبناء عليه فقد استبان لنا أن المبادئ القانونية التي تخدم مثل هذه العمليات لا يمكن أن تكون حبيسة في إطار التشريع فقط. فالقواعد القانونية ما هي إلا مرآة عاكسة تعبر عن أرادة الجماعة. ولكن شريطة أن تكون هذه الإرادة في إطار قواعد الأخلاق وهذه منطقة شائكة يلعب فيها رجال القانون والفقه

=

لساني عن النطق في إصباغ هؤلاء بصفة الأم ألا تشاركني الرأي في مشابهة تلك الأم بمؤجرات الأرحام ترى أننا هوى بنا الزمان إلى عصر أتجار الرقيق الأبيض.

ويتم ذلك من خلال قنوات تصل مصر بالخارج تقوم هي بدور الوسيط واكتشفت هذه الجريمة عند تسجيل هؤلاء الأطفال في السفارة قبل سفرهم مع الأشخاص الذين قاموا بشرائهم بحجة أن النساء الأجنبيات تمت ولادتهم داخل مصر وبهذه الطريقة يسهل عليهن خروج تلك الأطفال من مصر أي أصبحنا كدولة الهند حظيرة لبيع الأطفال.

وذكر سيادته أثناء حديثة التلفزيوني أسماء بعضا من المستشفيات التي تتم بها هذه العمليات منهم مستشفيات خاصة الأندلس بالقاهرة وتقع على جسر السويس إلا تشاركني الرأي في أن هذه مصيبة لأن على حد علمي هذه المستشفى تقع على شارع عمومي يعني تتم هذه العمليات في وضح النهار فأين هي الرقابة أين إجراء تسجيل الطفل لأبويه أين ضمير الطبيب الذي قام بمثل هذه العمليات أين رقابة النقابات؟

يقول الدكتور سعيد المغربي رئيس الإدارة المركزية للجهات الغير حكومية أنه تم إغلاق ١٢٥٨ مستشفى عام ٢٠٠٧ بواسطة وزارة الصحة. كان يتم فيهم عمليات إجهاض وعمليات قيصرية وفى عام ٢٠٠٨ تم إغلاق عدد ٦٥٠ مستشفى هذا على لسان د/ سعيد في ذات اللقاء وعلى أثر هذا الحديث وفى نفس اللقاء تقول الدكتورة مشيرة خطاب أن مادة قانون الطفل في تجريم الأطفال السجن المشدد وغرامة حد أدنى ٢٠ وأقصى ٥٠ ألف كما تقول أن بموجب قانون الطفل يمكن تجريم واحد في خارج مصر وإذا كان أكثر من فرد تضاعف العقوبة وعلى أثر تلك الجريمة أصدر النائب العام قرار بإحالة ٤٠ متهم إلى الجنايات على أثر هذه الجريمة.

(١) David W. Meyers, The human body and the law, p. 71

دوراً مهماً جداً, وذلك بإبراز قواعد الحماية التي تواجه ما يترتب عن تلك العملية وما يسفر عنها من نتائج سلبية.

ولا شك من أن ممارسة التقنيات الطبية المستحدثة فى مجال الإنجاب الصناعى المتفرع منها عملية تأجير الأرحام قد تكون سببا لقلب موازين الأمور رأسا علي عقب, فالعلاقة الزوجية أصبحت عملية طبية تقوم علي الوسائل العلمية الفنية وتتم بتقنياتها ولم تنفرد المواقعة الجنسية بين الأزواج بكونها الوسيلة الوحيدة للإنجاب, بل أصبح تدخل الطبيب لإتمام الإنجاب من الأمور المصيرية في حالات العقم الإنساني, مما أدى إلى فقدان العلاقة الجنسية بين الأزواج, السمة الأساسية التي كانت تتمتع بها من قبل ؛ حيث أمرنا الله - عز وجل - أن نصبغ عليها الخفاء ونحيطها بالسرية والكتمان ؛ فأصبحت اليوم العلاقة بين الزوج وزوجته تتداول على ألسنة الناس عبر شاشات التلفاز وعلى الملأ العام بين بعضهم البعض, وبالتالي احتلت مشاكل المواقعة الجنسية بين الأزواج المرتبة الأولى فى المناقشات والحوارات ؛ مما أدى إلى استباحة واستطابة نتائج ممارسات الإنجاب الصناعى بمساعدة الغير رغم حرمانية وعدم مشروعية هذه الوسائل.

المبحث الثانى
الإنجاب الصناعى

تمهيد :

لا جدال من أن الزواج هو الوسيلة الرامية إلى التكاثر الإنساني, وهو نتاج غريزة فطرية وضعها الله للزوجين ؛ لتكون ثمرة هذه العلاقة الأولاد كنتيجة طبيعية عن قيام مؤسسة الزواج هذا ما يسمى بالطريق الطبيعي للإنجاب. ولكن قد يتم الزواج, وعلى الرغم من ذلك لا يحدث الإنجاب لسبب أو آخر يرجع إلى الزوجين أو لاحداهما, في هذه الحالة يكون الإخصاب الطبي المساعد مفيدا في بعض حالاته.

ـ طرق ممارسة الإنجاب الصناعى[1]

١ـ الإنجاب الصناعي الاعتيادي NORMAL HELPING

تعد هذه الوسيلة ضمن وسائل العلاج الطبية الاعتيادية بالإضافة إلى طريقة الإنجاب الصناعي I.V.F[2] والتي لا يدخل فيها عنصر أجنبي غريب. أي ينحصر فيها بين الثنائي (COUPLE) أو الزوجين؛ وبالتالي لا يتولد عن أثره أية مخالفة لنظم الأخلاق والدين والقانون رغم أنها من الممكن أن تثير بعض المشكلات الجانبية في بعض الحالات. كما يدخل فيها جميع الطرق الأخرى التي لأتشكل مساسا بالصفات الوراثية أو الجهاز الوراثي لأحد الزوجين.

---

(١) يطلق الانجاب الصناعى على التقاء نطفة الرجل ببويضةالمرأة بطريقة صناعية اى بغير الاتصال الجنسى المباشر.وذلك لغرض الحمل (١مقال للدكتور / مصطفى محمد الحديدى ـ منشور بمجلة منار الاسلام عدد (١١) ص ٤٨ لسنة ١٩٧٨ م) المراد به من وجهة نظر المشرع المصرى: مع الاسف لم يضع المشرع المصرى تعريفا مفهوما محددا للانجاب الصناعى لعل سبب ذلك هو حداثة مسألة الانجاب الصناعى. مما ادى الى عدم اكتمالها لدى القضاء رغم أننا نقف الان امام المشاكل التى يثيرها الانجاب الصناعى. وهى فى الغالب تكون مشاكل قانونية وعلى سبيل المثال لا الحصر نذكر منها المساس بالدعائم التقليدية للبنوة Filiation والمساس بالوحدة البيولوجية Lunite biologique للاسرة/ المراد به من وجهة نظر المشرع الفرنسى: استبدل المشرع الفرنسى لفظ "المساعدة الطبية "بدلامن مصطلح الانجاب الصناعى ووضع له تعريفاً. وذلك من خلال القانون المتعلق بأستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية للانجاب الصناعى الصادر فى ٣٠ يوليو ١٩٩٤م. وتنص المادة ١٥٢/ ١ من هذا القانون على ان "المساعدة الطبية للانجاب يعنى بها الممارسة للطب التطبيقى والبيولوجى الذى يسمح بالحمل فى بيئة مصطنعةونقل الاجنة والانجاب الصناعى وكل تقنية لها اثر معادل تسمح بالانجاب خارج العملية الطبيعية. / المراد به من وجهة نظر الشرع: يتم تخليق الولد باذن الله تعالى من السائل المنوى الذى يخرج من الرجل فيصل الى الرحم. / ولقول الله تعالى فى ذلك "خلق من ماء دافق، يخرج من بين الصلب والترائب " (المراد به من وجهة نظر الباحث: الانجاب الصناعى هو عملية طبية تتم من خلالها مساعدة الزوج تناسليا لايصال ماؤه ببويضة زوجتة لحدوث التخصيب سواء ان كان هذا الالتقاء تم داخل رحم الزوجة او خارجة ثم بعد ذلك تعاد نطفة الامشاج الى نفس رحم الزوجة مرة اخرى بعد حدوث التخصيب بهدف انجاب الولد وذلك اثناء قيام علاقة زوجية ,وحال حياة الزوج / وتتم هذه العملية بواسطة اطباء اهل خبره ودين مصرح لهم من وزارة الصحة الخاضعة لاحكام القانون باجراء هذه العمليات فى مستشفيات تكون تحت رقابة مشتركة من (لجنه طبيه ـ لجنة شرعية ـ لجنة قانونية).

(٢) وهي الاحرف الأولى للمصطلح التالي: IN.VITRO. FERTILIZATION.

٢ـ الإنجاب الصناعي غير الاعتيادية (ABNORMAL HELPING)

وهي تشمل جميع الحالات التي تتم فيها الاستعانة بالغير وذلك بإدخال عنصر أجنبي (غريب) في عملية المساعدة على الإخصاب أو الإنجاب أي الاستعانة بأحد الأعضاء الجنسية أو أجزائها لشخص أجنبي عن الثنائي أو الزوجين بطريقة صناعية كالحيمن أو البويضة أو الرحم وكزرع ونقل الأعضاء الجنسية الأخرى العائدة للغير في جسم أحد الزوجين وتشمل كذلك جميع الحالات الأخرى التي تؤدي إلى المساس بالصفات الوراثية أو الجهاز الوراثي لأحد الزوجين. وبالتأكيد فإن هذا النوع الثاني يثير مشكلات كبيرة وتساؤلات خطيرة تأتي في مقدمتها مشكلة الشرعية، والتساؤل بخصوص تأثير ذلك على القيم الأخلاقية والدينية. ومن ثم موقف الدين والأخلاق من هذه الطرق.

ومما لا شك فيه أن عملية تحقيق الإنجاب بواسطة الأمناء الأصطناعى أقل مما يبدو لأول وهلة تعقيدا. فالطبيب يدخل السائل المنوى المأخوذ أما من الزوج أو من متبرع مجهول خلال فترة الخصوبة فى المهبل بواسطة كحقنة.

ومن الواضح أن الرجل لا يكون فى هذه الحالة طرفا فى عملية الإخصاب بعضو الذكورة وإنما بالمنتجات الجسدية (بالحيوان المنوى) فقط. بينما المرأة على العكس من ذلك، قد تكون طرفا بجسدها أثناء عملية الإنجاب وقد لا تكون طرفا بجسدها أثناء عملية الرحم المستأجر وهو موضوع بحثنا أن شاء الله.

وانطلاقا مما سبق سنتناول فى هذا المبحث عمليات متفرعة يمكن إجراؤها اثناء عملية تأجير الرحم. وذلك من خلال الإخصاب الصناعي[١]

---

(١) الفرق بين الإنجاب الصناعى بنوعيه الداخلى والخارجي In-vitro Fertilization
❖يستخدم الإنجاب الصناعى الخارجي عادة فى حالة ما إذا كان الإنجاب الأصطناعى الإنجاب الصناعى وكانت احتمالات نجاحه ضئيلة. ومن وجهة نظري الشخصية لا يجب اللجوء إلى هذه الطريقة إلا بعد استنفاذ وسيلة الإنجاب الصناعى الداخلي.
❖ والذي يميز الإنجاب الخارجي (طفل الأنبوب) Bebe-eprouvette عن الإنجاب الداخلي أنه فى الإنجاب الداخلي تجرى عملية الإخصاب "أى التقاء الحيوان المنوى بالبيضة، فى داخل الجهاز التناسلي للمرأة، أما فى التخصيب الخارجي فإن عملية الإخصاب نفسها، أى التقاء الحيوان المنوى بالبيضة تبدأ فى خارج الجهاز التناسلي للمرأة فى المعمل، وفى كلتا الحالتين "فى الإنجاب الداخلي والإنجاب الخارجي" لا =

المتعلقة بتأجير الأرحام. ومما هو جدير بالذكر أن كل مانع من موانع عدم الإنجاب بالطريق الطبيعي يمكن علاجه بطريقة معينة من طرق الإنجاب الصناعي المساعدة. والتى منها موضوع بحثنا. وهذا سيتضح من خلال المطلب القادم ان شاء الله تعالى.

المطلب الاول

تلقيح ببيضة الزوجة بمنى زوجها فى داخل أنبوب ثم أعادتها لرحم الزوجة "فسيولوجيا حمل طفل الأنبوب"[1]

= يكتمل الحمل ولا ينمو نموه الطبيعي إلا فى داخل رحم امرأة، حتى يتم له الموعد المحدد للولادة كما شاء الله له.

❖ الإخصاب الصناعى الخارجي عبارة عن " سحب بيضة أو أكثر من مبيض الزوجة عن طريق تدخل جراحي يسمى Laparoscepie بعد استثارتها بواسطة هرمونات منشطة ثم توضع هذه البيضة أو البيضات فى وسط ملائم ومغذى فى وجود نطفة الرجل ليتم الإخصاب وبعد مرور بعض الوقت يتم نقل البيضة أو البيضات المخصبة إلى رحم المرأة التى كانت قد أعدت خصيصا لاستقبالها من خلال المعالجة الهرمونية. (د/محمد مرسي زهرة الإنجاب الصناعى وأحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة ١٩٩٠ – دار النهضة العربية – القاهرة – ص ١٢٦).

أخذ بيضة المرأة وتلقيحها بمنى الرجل خارج الجسد (فى أنبوب) وذلك بوسيلة طبية معينة وبعد أن يتم تكوين البيضة الملقحة تنتقل إلى داخل الرحم وتزرع فى جداره ثم تترك بعد ذلك لتنمو وتتطور(شوقي زكريا الصالحي الانجاب الصناعى بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية – دراسة مقارنة – ٢٠٠١م – بدون دار نشر ص)

مجموعة الأعمال الطبية التى تهدف إلى التقاء الحيوان المنوى بالبيضة خارج الرحم لتلقيحها فى أنبوب وتعاد بعده إلى الرحم بشروط (شعلان سليمان محمد – نطاق الحماية الجنائية للاعمال الطبية الفنية الحديثة فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى بدون دار نشر – ص ٤٧١ –د/ حسن سلام – – الجمعية المصرية للطب والقانون – بحوث مقدمة فى ندوة طفل الانابيب - الخميس - ٢ مايو – ١٩٨٥ – ص ٤٢ ومابعدها)

❖تعريف الباحثة :-

الإنجاب الصناعى الخارجي هو " عملية طبية يتم من خلالها تلقيح الحيوان المنوى بالبويضة خارج نطاق الرحم فى وسط مماثل له وبعد أن تتكون نطفة الأمشاج يتم إعادة غرسها فى جدار الرحم تحت ضوابط معينة لتنموا فيه نموا طبيعيا.

(١) د/عمر الحسينى – مجموعة محاضرات القاها لطلبة كلية الطب خاصة بأسباب العقم العامة – الفرقة السادسة باللغة الانجليزية وتمت ترجمتها ٢٠٠٤ م - ص ١١ وما بعدها / الجمعية المصرية للطب والقانون طفل الأنابيب – الخميس ٢ من مايو ١٩٨٥ م.

تم هذه العملية بالتقاء الحيوان المنوي بالبويضة لتكوين البويضة الملقحة اى نطفة الأمشاج بشرط أن تسبقها عملية إعداد وتحضير[1]: تلك هي مراحل

(١) وذلك في مراحل ثلاث

١ - مرحلة اعداد البويضة للمرأة :

يتكون الجهاز التناسلى فى المرأة من مبيض ورحم ومهبل واجهزة تناسلية خارجية فللمرأة مبيضان يتكونان من خلايا عديدة عبارة عن نوعين اصليين من خلايا التكاثر أو(البويضات) وهذه الخلايا تجنب عند بداية الجنين فى أول تكوينه ثم تنتقل بعد هذا للمبيض بعد ابتداء نموه وظهوره وتوجد هذه البويضات فى المبيض فى وسط خلايا أخرى تتأثر بنمو البويضات لتقوم بارسال رسائل إلى باقى الاجهزة التناسلية خاصة وباقى أعضاء الجسم عامة اثناء نمو البويضة على هيئة هرمونات مختلفة لتتم عملية تجهيز هذه الاعضاء لأستقبال البويضة عندما يكتمل نموها ومن حكمة الله فى خلقه أنه جعل عدد البويضات التى تنمو كل شهر أكثر من العدد المطلوب وقد تكون العلة فى ذلك تظاهر بعض البويضات لافراز هرمونات كافية لتحضير باقى الاجهزة التناسلية والجسم المكون من البويضة مع هذه الخلايا تسمى بحويصلة جراف التى تكبر مع نمو البويضة فى الحجم مع تغيرات فى نوعية افرازها لتكون دورة هرمونية تؤثر فى الرحم وفى بقية الاجهزة التناسلية ومن الهرمونات التى تفرزها حويصلة جراف اثناء نمو البويضة(هرمون الاستروجيناالذى ينشأ عند نمو خلايا أغشية الرحم وباقى الاعضاء التناسلية.

وعند تكامل البويضة وتكامل نمو الاجهزة اللازمة لاستقبالها يحدث التبويض ويخرج بويضة أخرى أو أكثر من المبيض تلقفها قناة فالوب فى رحلتها إلى الرحم وتبقى فى المبيض الاغشية الأخرى المتبقية من حويصلة جراف التى يتغتر افرازها الهرمونى الان وتبدأ أفرازها هرمون اخر يسمى هرمون البروجسترن الذى يجهز افرازات الاجهزة التناسلية التى كبرت اثناء نمو البويضة للعمل على أعاشة البويضة عند وصولها وهذه الاغشية المتبقية فى الرحم والتى تفرز البرجترن وهو ما تسمية بالجسم الاصفر. وتأخذ البويضة بعض الوقت في رحلتها فى قناة فالوب مع ملاحظة أن الوقت يختلف من كائن إلى أخرفمثلا الإنسان يأخذ هذه الرحلة فى سبعة أيام ففى قناة فالوب يتحدد مصير البويضة بعد خروجها من المبيض أما أنها تلقح ويبدأ تكوين الجنين الذى تتيح له رحلته هذه الفرصة لينقسم عدة مرات حتى يكون مهيئا وقادر على الانغراز عند وصوله للرحم ويعتمد فى هذه الرحلةعلى افرازات قناة فالوب لا عاشتة[1] - الأستاذ الدكتور جمال أبو السرور - العقم فى العلم الإسلامي - ص١٣

وفى الوقت نفسة تعطى فرصة للرحم اثناء رحلة البويضة للتجهيز النهائى لاستقبالها بحيث تصل البويضة إلى الرحم وهى قادرة على الانغراز فيه وفى ذات الوقت يكون الرحم قادر على استقبالها واعاشتها.

وبعد انغراز البويضة تبدأ هى نفسها بارسال رسائل إلى المبيض حتى ستمر عمل الجسم الاصفر ويستمر الحمل أما إذا لم تلقح البويضة فلا يحدث انقسام ولا انغراز (اندغام) وفى هذه الحالة يتلاشى الجسم الاصفر ويوقف افرازه الهرمونى الذى يعتبر العامل الاساسى لاغشية الرحم التى تسقط وبالتالي يحدث الطمث (الدورة الشهرية).

=

يلعب المخ والغدد النخامية دور كبير في التغيرات التى تحدث فى المبيض من خلال افرازات هرمونية ولهرمونات الغدد النخامية فوائد كثيرة تذكر منها :-
- حالات عدم التبويض عن طريق اعطائها للمراة لتحفيز المبيض على التبويض
- الأستعانة بهرمونات الغدد النخامية فى تحريك التبويض فى حالة طفل الأنابيب.
ولضمان حدوث الإخصاب لابد من تهيئة الاجهزة التناسلية الخارجية والمهبل وعنق الرحم والرحم وقناة فالوب ويحدث هذا تحت تاثير الهرمونات التى تفرزها حويصلة جراف بحيث تكون الظروف المهيئة للإخصاب فى زروتها يوم التبويض تزداد افرازات المهبل وتصبح اقل حامضية كى تعين الحيوانات المنوية على البقاء وبذلك تكون افرازات عنق الرحم سهلة الاختراق حتى لاتعيق حركة الحيوانات المنوية.
اعداد مكان انغراز الجنين ونموه تتم عملية انغراز (اندغام) الجنين تحت تاثير حويصلة جراف فى المبيض حيث تنمو فيه أغشية الرحم إلى أن يحدث التبويض ثم تبدأ لتحضير استقبال البويضة وذلك عن طريق افراز مواد لتغذيتها مع حدوث تغيرات فى خلايا اغشية الرحم لتغذية البويضة بعد التصاقها وهنا يجب التنويه على أن هذه العملية تأخذ نفس المدة الزمنية التى تستغرقها البويضة فى سيرها فى قناة فالوب اللازمة لنموها حتى تصبح قادرة على الالتصاق وفى نفس الوقت تكون اغشية الرحم قادرة على أستقبالها.
٢- مرحلة تهيئة الذكر لعملية الإخصاب:
تتكون الخلايا التناسلية الذكرية من الخصيتين حيث توجد كل خصية فى كيس يسمى الصفن وتحتوى كل خصية على قنوات دقيقة تسمى القنيوات المنوية وهى تشكل حوالي ٩٧٪ من حجم الخصية ووظيفة هذه القنيوات افرازات الحيوانات المنوية تحت تاثير هرمونين من هرمونات الغدة النخامية هما الهرمون المنشط لجريان المبيض(fsh) والهرمون المصفر، كما يساعد هرمون تستوسيترون (testosterone) الذى تفرزه الخصية فى تكوين الحيوانات المنوية ثم نتيجة الحيوانات المنوية بعد تكوينها إلى قناة ملفوفة يطلق عليها اسم البرزخ
٣- مرحلة الإخصاب المعملى
تسمى هذه المرحلة بمرحلة الإخصاب المعملى حيث تبدابعد الخطوة الثانية مباشرة. عندما يتم الحصول على بويضة أو أكثر من الزوجة توضع هذه البويضة فى حضانة صناعيه ثم يأخذ الطبيب من الزوج الحيوانات المنوية (حوالي ١٠٠ ألف حيوان منوى فى انأبيب أختبار خاصة وتوضع هذه الأنابيب فى الجهاز) ليضعها فى نفس الوقت على تلك البويضات داخل الحضانة لتبدأ عملية الإخصاب ولضمان نجاح هذه العملية يجب أن تكون درجة الحرارة والرطوبة والحموضة والضغط الاسموزى فى جهاز الحضانة مساوية لسائل قنوات فالوب وبعد ذلك يتم اخراج أنابيب الاختبار من الحضانة بعد حوالي ٢٤- ٤٨ ساعة لفحص البويضات فإذا حدث الإخصاب بامر الله تعالى تكون البويضة قد انقسمت إلى خليتين أو اربع - الإخصاب خارج الجسم الدكتور: حسن سلام- مدرس التوليد وامراض النساء -كلية الطب جامعة الإسكندرية. الجمعية المصرية للطب والقانون - بحوث مقدمة فى ندوة طفل الأنابيب - الخميس - ٢ مايو - ١٩٨٥)
وذلك بهدف إتاحة الفرصة للانقسام الخلوى حتى تصل اللقيحة إلى مرحلة التوتة لأنها تشبه ثمرة التوت فى شكلها الظاهرى ولذلك سماها علماء الأجنة بالتوتة. Monroy op- cit p

الإخصاب، أو التلقيح الطبيعي التي عرفها لنا أهل الطب، فهم أهل اختصاص، وخاصة بعد التطورات التي حدثت مؤخرا وأذهلت العالم أجمعه. ولقول الله تعالى [فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنتُمْ لا تَعْلَمُونَ][1] وجدير بالذكر معروف أن القرآن الكريم أنزل لجميع العصور والأزمنة، منذ خلق البشرية وحتى تقوم الساعة، والدليل على ذلك :

لقول الله تعالى: [مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ اللائِي وَلَدْنَهُمْ][2] وكأن هذه الآية نزلت لكي تجيب على ما نحن فيه اليوم حول مسألة الأم المستأجرة.

ومما سبق يتضح لنا أن الطريقة الأساسية كما ذكرها لنا القرآن والسنة النبوية لعملية التلقيح الطبيعي بالطريق الطبيعي هو الجماع أي جماع الرجل لزوجته أو وطؤها في فرجها.

=

٤- مرحلة اعادة اللقيحة إلى الرحم
إذا نجحت عملية الإخصاب ونتجت عن ذلك نطفة الأمشاج أو أكثر يتم احضار الزوجة ثم يتم اعادة اللقيحة إلى رحمها بواسطة قسطرة خاصة رفيعة يتم ادخاله عن طريق المهبل وعنق الرحم دون الم ثم يتم متابعة الزوجة لمعرفة حدوث الحمل من عدمة بواسطة اختبارات الحمل مثل الدم والبول وكذلك بالفحص بالموجات الفوق صوتية . وجديراً بالذكر يجب التنبيه هنا أن هناك نوعين من الحضانة الصناعية لكل منها أجراءات طبية حسب الغاية منها فهناك الحضانة المؤقتة والحضانة المستديمة.
بالنسبة إلى الحضانة المؤقتة :-
يقوم الطبيب فيها بنقل البويضة الملقحة من الحضانة الصناعية إلى داخل الرحم لتنمو فيه أو قد يتم زرع البويضة الملقحة فى رحم امرأة أخرى مستأجرة يسمونها الأم المستعارة (Surrogate mother)، وبالتالي يستكمل الجنين دورته بشكل طبيعى ويتحول التلقيح هنا من تلقيح خارجى إلى تلقيح داخلى،
(راجع عبد الوهاب البطراوى — فى الطب والقانون —ص ٦٣.)
أما بالنسبة إلى الحضانة المستديمة :- فهى تستخدم فى حفظ الأجنة لفترات مستقبلية سواء أن كانت قصيرة أو لسنوات أي لحين استخدامها وتسمى بنوك النطف والأجنة.
(لمزيد من التفصيل انظر بنوك النطف والأجنة د/ عطا السنباطى دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١ الطبعة الأولى)وعند رغبة الزوجين فى الإنجاب يقوم الطبيب باخذ البويضة الملقحة من بنك النطف والأجنة وزرعها فى رحم الزوجة فينمو الطفل بعد أن كان خلية مجمدة.

(١) سورة النحل الآية ٤٣.
(٢) سوة المجادلة الآية ٢.

·واخيرا تبين لنا أن الإجابة على السؤال السابق الذكر حول مدى إمكانية أعتبار البويضة الملقحة كائنا بشريا متكاملا له حقوق, أو هل يحق التصرف فيها نجدها في آيات الله الحكيم عن مراحل خلق الإنسان, وسبحان الله فهي تتلاقى مع ثوابت العلم الحديث وتقنياته المبتكرة في رصد وتصوير مراحل خلق الجنين بالأرحام, والذى يدعم هذا التصويرهو وضع بيان توضيحى لتصنيف الخلايا التناسلية البشرية موضوع بحثنا, فبعد الاطلاع وجدناها تنقسم إلى خلايا انسانية ناقصة خلويا وخلايا انسانية ذات تكامل خلوى بالنسبة إلى الخلايا الناقصة خلويا يندرج منها النطفة الذكرية والبييضة الانثوية

- والخلايا الإنسانية ذات التكامل الخلوى والمتمثلة فى نطفة الأمشاج أو البييضة الملقحة, ونرى من جانبنا أن التكييف المناسب للبييضة الملقحة أو نطفة الأمشاج, أنها تعتبر المرحلة الأولى لمراحل الوجود الانسانى وليست كائنا بشريا كاملا مستقلا, ولكن هذا لا يعنى عدم اكتسابها أي حقوق بل على العكس فلها حقوق الحمل المستكن ويجرم من يحاول التعدى عليها أو التصرف فيها لذلك ننضم إلى الرأى المعارض للاجهاض حتى ولو كان منذ اللحظة الأولى للقيحة أي بمجرد التخصيب، هذا وقد عمل القانون المصرى بهذه النظرية ومن ثم وضع حقوق للقيحة منذ نشوئها في الرحم أي منذ التخصيب, ووضع لها حقوق وحماية قانونية تتوقف على نزول الجنين حيا, وبناء عليه لا يحق لأحد التصرف فى اللقيحة أو الجنين مستقبلا.

هذا وقد انتهينا من مراحل خلق الإنسان متعددة الأطوار التى وصفها الله سبحانه وتعالي فى كتابة الكريم. وتلك هى مراحل التلقيح للبييضة الملقحة فى صورتها الطبيعية المألوفة والمعروفة. والتى تنتج عن الجماع الطبيعى بين الرجل والمرأة. موضحين قدسية هذه اللاقحة الانثويية من خلال حظر التعامل عليها, حيث أنها لا تعد من الاشياء بل أنها مرحله من مراحل التكوين الجسدى للإنسان كما سبق أن ذكرنا.

ولكن قد تطرأ أسباب تحول دون تحقيق التلقيح فى صورته الطبيعية وبالتالي نكون أمام حالة مرضية لدى من تتوافر فيه هذه الأسباب, لذلك فإن التلقيح الصناعى صارأمرا مهما وحدثا واقعا له جوانب إيجابية ذات فائدة ونفع

للإنسان وللمجتمع، طالما توافرت فيه الشروط والقواعد التى لا تخالف الدين والقانون والأخلاق وجوانب أيضاً سلبية عندما يستعان بوسائل التلقيح الصناعى المنافية للأداب والأخلاق والشرائع تترتب عليها بعض المشاكل.

الفرع الأول

حكم تلقيح ببيضة الزوجة بمنى زوجها فى داخل أنبوب ثم أعادتها لرحم الزوجة

تباينت آراء علماء الفقه المعاصر حول هذه العملية ما بين معارض ومؤيد وذلك على النحو التالى:

أ- الرأى الاول :- حرمة الإنجاب الصناعى مطلقا[1]

يرى أصحاب هذا الرأي أن تعاطى الزوجة للمنى عن طريق آلي بوصول المنى إلى رحمها من زوجها فهذا يتنافى مع الدين[2].

(استند العلماء القائلون بحرمة الإنجاب الصناعى بالأدلة الاتية)[3] يرى أصحاب هذا الرأي من وجهة نظرهم أن الإنجاب الصناعى لا يتماشى مع إرادة الله وبالتالي يتعارض مع[4] قول الله سبحانه وتعالى: لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (٤٩) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَاناً وَإِنَاثاً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ"[5]

الرد على هذا الدليل من وجهة نظرنا:

فجاء فى تفسير القرآن العظيم (للإمام الجليل الحافظ عماد الدين، أبو الفداء إسماعيل بن كثيرالقرشى الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤[6] إن الله تعالى أنه

---

(١) ومنهم الشيخ رجب التميمى – والشيخ عبد اللطيف فرفور وأجازها البعض الآخر مثل فضيلة الشيخ جاد الحق على جاد الحق –والشيخ بدر المتولي عبد الباسط –الشيخ على الطنطاوى ولذلك سوف نوضح أراء الرأي المعارض أولاً موضحين حججه ثم نذكر أراء الرأي المويد وأدلتهم.

(٢) د/ عقيل بن أحمد العقيلى – حكم نقل الاعضاء – ص ٤٤ –وما بعدها –مكتبة الصحابة بجدة سنة ١٩٩٢ م

(٣) القرار الفقهي حول الإنجاب الصناعى الخارجي وبنوك اللقائح والمنى مدلولات اللجنة الفقهية الطبية حول الإنجاب الصناعى ص ١٣٥ مرجع سابق

(٤) د/ طارق عبدالله ابو حوه – الأنعكاسات القانونية للإنجاب الصناعى (دراسة مقارنة) ١٤٢٦هـ سنة ٢٠٠٥ م رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة المنصورة ص ١٠

(٥) سورة الشورى الاياتان ٤٩ و٥٠

(٦) تفسير القران العظيم الجزء الرابع دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان ١٣٨٨ هـ / ١٩٦٩م

خالق السموات والأرض ومالكهما والمتصرف فيهما وأنه ما شاء كان وما لم يشأ لم يكن وأنه يرزقه البنات فقط. قال البغوى ومنهم لوط عليه الصلاة والسلام [وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ] أى يرزقه البنين فقط. قال البغوى كسيدنا إبراهيم الخليل عليه الصلاة والسلام لم يولد له أنثى [أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا] أى ويعطى لمن يشاء من الناس الزوجين الذكر والأنثى أى من هذا، وهذا، قال البغوى كخاتم النبيين سيدنا محمد ﷺ (ويجعل من يشاء عقيما) أى لا يولد له. قال البغوى ليحيى وعيسى عليهما الصلاة والسلام.

فجعل الناس أربعة أقسام: منهم من يعطيه البنات، ومنهم من يعطيه البنين، ومنهم من يعطيه من النوعين، ذكورا وإناثا، ومنهم من يمنعه. هذا وهذا فيجعله عقيما لا نسل له ولا ولد له (أنه عليم) أى بمن يستحق كل قسم من هذه الأقسام (قدير) أى على ما يشاء من تفاوت الناس فى ذلك.

وهذا المقام شبيه بقوله تبارك وتعالى عن عيسى عليه الصلاة والسلام "ولنجعله أية للناس"[(١)] أى دلالة لهم على قدرتة تعالى وتقدس، حيث خلق الخلق على أربعة أقسام: فآدم - عليه الصلاة والسلام - مخلوق من تراب لا من ذكر ولا أنثى وحواء عليها السلام مخلوقة من ذكر بلا أنثى. وعيسى عليه السلام من أنثى بلا ذكر، وسائر الخلق من ذكر وأنثى. فتمت الدلالة بخلق عيسى بن مريم عليهما الصلاة والسلام.

ولهذا قال تعالى (ولنجعلها آية للناس) فهذا المقام فى الآباء والمقام الأول فى الأبناء وكل منهما أربعة أقسام فسبحان العليم القدير.

فلو دققنا النظر فى هذه للآيه السابقة لوجدنا عظمة الله فى خلقه وفى حكمية من تفاوت عطائه وفى اختلاف الناس من عقيم وولود وما بين ذكور وإناث، وجديرينا أن نقف هنا أمام معنى العقم أى استحالة الإنجاب. لأنه عندما ينجب الإنسان بمساعدة الوسائل الطبية المشروعة، فذلك يعنى أنه ليس بعقيم فيجب علينا أن ننظر للعقم على أنه مرض مثل باقي الأمراض، وبالتالي ينطبق

---

(١) سورة مريم اية ٢١

على هذا قول رسول الله ﷺ "تداووا- عباد الله - فأن الله عز وجل لم ينزل داء إلا وأنزل له دواء"[1].

ومما سبق أتضح لنا أن لا تعارض بين الإنجاب الصناعى بين الزوجين وبين إرادة الله عز وجل فإذا قدر الله للتلقيح بالنجاح فهذه هي إرادة الله.

ويرى الرأي المعارض للتلقيح الصناعى عدم جواز كشف العورات المحرمة من غير ضرورة معتبرة شرعا

الرد على أصحاب الرأي المعارض القائلين بعدم مشروعية الإنجاب الصناعى هو عدم جواز كشف العورات المحرمة من غير ضرر:

١ : إذا كان هناك ضرورة علاجية جاز للطبيب الحق فى الكشف على المريضة وذلك بهدف العلاج ويتم ذلك فى وجود شخص من أهل الثقة. ونحن سبق وأن ذكرنا أن عدم الإنجاب والتعسر منه بسبب عارض طبي يعتبر مرض كغيره من الأمراض إلا إذا توصل الطبيب حالة يستحيل فيها الإنجاب عندئذ نكون أمام حالة من حالات العقم. إذا يجوز للطبيب الكشف على المريضة وأجراء العمليات الخاصة بالإنجاب الصناعى المشروع وذلك قياسا بعمليات الولادة القيصرية عند تعزر الولادة الطبيعية

٢ : وبما أن معيار إباحة الإنجاب الصناعى هو الضرورة فنحن نرى أنه لابد من تفسيرمصطلح الضرورة والغاية منه فالضرورة هنا هي(الحاجة التى ادت إلى التجاء الزوجين إلى مساعدة طبية عندما تعجز الخلايا التناسلية للزوجين إلى الالتقاء بعضهما لحدوث الإخصاب الطبيعي) وعندئذ يكون الالتقاء الطبيعي غير مثمر لذلك نلجأ إلى التقيح الصناعى, واسمحوا لي أن أطلق عليه مسمي(العامل المساعد) وذلك ردا منى على الرأي المعارض للجوء أو الاستعانة بالإنجاب الصناعى المشروع.

وهو مساعدة تخصيب ماء الرجل بماء زوجتة في ظل وجود حياة زوجية وحال حياة الزوجين.

---

(١) أبى عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن بردزية البخارى الجعفى – صحيح البخارى – الجزء السابع –القاهرة – دار مطابع الشعب، ص ١٥٨- بدون تاريخ.

تعارض أسلوب الإنجاب الآلى مع أسلوب الإنجاب الفطري الذى شرعة الله على عباده.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الآية الكريمة: [أَلَمْ نَخْلُقكُمْ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ (٢٠) فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ (٢١) إِلَى قَدَرٍ مَعْلُومٍ][1].

المقصود هنا فى الآية الكريمة على حد تعبير الرأي المعارض فجعلناه فى قرار مكين يعنى جمعناه فى الرحم وهو قرار الماء من الرجل والمرأة فى الرحم. والرحم معد لذلك حافظا لما أودع فيه من ماء مدة معينة أى من ستة أشهرإلى تسعة أشهر. فتغيير المكان من القرار المكين إلى طبق أو حضانة أو أنبوب على حد قصد الرأي المعارض للإنجاب الصناعى تغير للطريقة الفطرية التى شرعها الله ورسمها لعباده.

ومما لا شك فيه أن هذا التغيريزعزع الثقة والاطمئنان من الإنجاب بهذه الطريقة وذلك لإمكانية وجود رواسب فى هذه الآلات من (منى أو بويضة أخر) غير المراد إستعماله.

الرد من وجهة نظرنا:

لا مبرر لجعل هذه المخاوف سبب من موانع الإنجاب ؛ حيث أنه عن طريق اتخاذ التدابير والإحتياطات اللازمة لإجراء التخصيب يمكن أن تتلافى هذه المخاوف. وذلك باختيار المكان والطبيب المناسب ذى الخبرة والدين.

ومما سبق تبين لنا أن التلقيح الفطري الذى شرعه الله على البشرية ليس هو الطريق الوحيد للإخصاب بل هناك طريق أخر للتلقيح عند تعذر الإنجاب الفطري وهو الإنجاب المساعد الذى يرتب نفس الآثار الاتصال الطبيعي بين الزوجين المترتب عليه نفس الأثار الشرعية بشرط أن يكون الماء المستخدم للزوجين.

ب ـ الرأى الثانى :ـ إباحة الإنجاب الصناعى بين الزوجين.

والدليل على ذلك من القرآن الكريم : قول الله " الذى خلق من الماء

---

(١) سورة المرسلات الايتان ٢٠ - ٢١ (تفسير القرآن العظيم للامام الجليل اسماعيل بن كثير –المجلد الرابع – دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.

بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا"[١] "أنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعا بصيرا"[٢].

والدليل من السنة النبوية الشريفة:

" جاء إعرابى إلى النبى - ﷺ فقال يا رسول الله أنتداوى؟ قال: نعم فإن الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء علمه من علمه وجهله من جهله[٣]. وعن ابن ماجه عن رسول- ﷺ - "أنكحوا فأنى مفاخر بكم الأمم يوم القيامة"[٤].

- **الدليل من كتب الفقهاء المتقدمين:** أن الصعوبات الناشئة عن الحمل أو التبويض تجيز للمرأة أن تأذن فى تخصيب بعض بويضاتها وتجميد البعض الآخر، إذا كان ما يخصب من بويضاتها أنما يخصب من نطف زوجها حال حياته وحال قيام الزوجية الصحيحة بينهما، وتم نقل البويضات المخصبة إلى رحمها حال حياته وحال قيام الزوجية ولم يترتب على تخصيب البويضات أو حفظها اختلاط بخلايا الغير بحيث يفضى إلى اختلاط الأنساب، ولم تتخذ البويضات المخصبة أو المحفوظة فى النقل إلى رحم أمرآة غير صاحبتها، ولم تستخدم فى التجارب الطبية أو الوسائل العلاجية للأمراض وذلك لأن تخصيب البويضات أو حفظها أنما يتوسل به إلى ابتغاء الولد[٥].

وقد أصدرت دار الإفتاء المصرية فتوى بتاريخ ٢٣ مارس ١٩٨٠ "على أن تلقيح الزوجة بذات منى زوجها دون شك فى استبداله واختلاطه بمنى غيره جائز شرعا ويثبت النسب، فان كان منى رجل أخر غير زوجها فهو محرم شرعا ويكون فى معنى الزنا ونتائج. بويضة الزوجة التى لا تحمل وتلقيحها بمنى زوجها

---

(١) سورة الفرقان اية رقم ٥٤

(٢) سورة الإنسان اية رقم ٢

(٣) رواه الامام احمد – مسند الامام احمد – ج١ - ص ٣٧٧ – ابن حبان – صحيح ابن حبان ج١٣ ص ٤٢٧ - كتاب الطب باب الاخبار عن إنزال الله لكل داء دواء.

(٤) سنن ابن ماجه كتاب النكاح – باب تزويج الحرائر. ج ١ ص ٥٩٩.

(٥) "لما روى عن حفصة أن رسول الله ﷺ قال: لا يدع أحدكم طلب الولد، فأن الرجل إذا مات وليس له ولد أنقطع اسمه..... والحاجة تنزل منزلة الضرورة سواء أن كانت حاجة عامة أو خاصة كما تقرر قواعد الشرع. د/ عبد الفتاح ادريس استاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة الازهر – أخبار اليوم السبت ١٩ من صفر ١٤٣٠ – ١٤ فبراير ٢٠٠٩

خارج رحمها، وإعادتها بعد إخصابها إلى رحم تلك الزوجة دون استبدال أو خلطذ بمنى إنسان أخر أو حيوان لداع طبي وبعد نصح طبيب حاذق مجرب بإتباع هذا الطريق هذه الصورة جائزة شرعا " كما خلص المركزالاسلامى فى لندن إلى أن الشرع الاسلامى لا يعارض ولادة طفل عن طريق الإنجاب الصناعى ما دام الجنين نتاجا للقاح الزوجة بماء زوجها[1].

وجاء فى لجنة التوصيات الخاصة بندوة الإنجاب فى ضوء الإسلام والمجمع الفقهي والإسلامى[2] المنعقد بمكة المكرمة إلى " جواز كشف عورة المرأة أمام طبيب أجنبى عنها لدواعي الكشف الطبى والمعالجة والتعليم وعند حالة المرأة المتزوجة والتى لا تحمل وحاجة زوجها إلى الإنجاب يعتبر غرضا مشروعاً. مع مراعاة وجوب أن يكون المعالج امرأة مسلمة أن أمكن ذلك وإلا فإمرأة غير مسلمة وإلا فلطبيب ثقة مسلم وإلا فغير مسلم. وألا تتم الخلوة بين المعالج والمرأة (الزوجة) إلا فى وجود الزوج أو امرأة أخرى ذات ثقة ".

ولدينا تعقيب حول مسألة إختيار أو ترتيب أو تصنيف الطبيب الأجنبي المعالج: وهو أنه ليس من الضروري أن يكون معيار اللجوء هو طبيب أو طبيبة مسلمان أوغير مسلمين ولكن لابد من أن يكون الاختيار على أساس الثقة والخبرة فى هذا المجال؛ بصرف النظر على نوع الجنس أو الديانة وذلك لمدى حساسية وخطورة نتائجه. أما بالنسبة إلى ضرورة وجود محرم أو الزوج عند كشف العورة فهذا أمر مسلم به ولا خلاف عليه.

ويرى أصحاب هذا الرأي وهو الرأي الراجح أنه إذا توافرت شروط وضوابط معينه للإجراء الإنجاب الصاعى الداخلي. فلا مانع من جوازه وإذا ما تخلف شرط من هذه الشروط. فلا يجوزاجراؤه لعدم مشروعيته.

"تبين لنا من ردود الفقهاء المتقدمين أنه قد يتم شغل رحم المرأة بنطفة الرجل وحدوث حمل بغير اتصال عضوي بينهما ورغم ذلك تترتب عليه الأثار الشرعية من إثبات النسب ووجوب العدة والميراث".

---

(١) الجمعية المصرية للطب والقانون) طفل الأنبوب ص ١٥
(٢) انظر صحيفة الانباء الكويتية الصادرة فى ٧/ ٤/ ١٩٨٤ ص ١٦

إذا فالإنجاب الصناعى الذى يتم عن طريق تلقيح بويضة المرأة بمنى زوجها يعتبر مشروعا متى كان الغرض منه علاجا وهو إنجاب الأطفال والسبب فى جعل هذا النوع من الإنجاب مشروع هو تحقيق الاستقرار ودوام العشرة بين الزوجين. لارتباطهم برباط جديد يبقى على استمرار الزواج وهو الإنجاب، وهو بذلك لا يخالف النظام العام.

كما أن شغل رحم المرأة بنطفة الرجل وحدوث الحمل قد يحدث دون الاتصال العضوى بينهما. ورغم ذلك تترتب عليه الآثار الشرعية كالعدة والنسب والميراث.

كما استند أخيرا الفقهاء أيضاً بخلوة المجبوب وإثبات العدة بذلك. لتوهم العلوق منه بسحقة (الفتوى الصادرة عن إدارة الفتوى المصرية وكذلك مؤتمر الإنجاب الصناعى والإسلامى فى لندن إلى أن الشرع الإسلامى لا يعارض ولادة طفل عن طريق الإنجاب الصناعى. ما دام الجنين نتاجا للقاح الزوجة بماء زوجها).

وأخيرا قرر مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم والاسلامى(١) أن حاجة المرأة المتزوجة والتى تحمل وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضا مشروعا يبيح معالجتها بالأساليب المباحة من أساليب الإنجاب الصناعى.

ج ـ الشروط اللازمة لتوافر الضوابط الشرعية لإباحة الإنجاب الصناعى :

- التأكد من أن الإنجاب سوف يتم بماء الزوجين فى رحم الزوجة
- الحصول على الرضا الحر المستنير مفرغا فى شكل كتابي

يعد هذا الشرط من الأساسيات البديهة التى يجب مراعاتها عند إجراء أية عمليات طبية. وفى تقديري يعتبر هذا الشرط من النظام العام حيث أنه يتعلق بالواجبات الإنسانية والأخلاقية. ولذلك أتفقت جميع التشريعات المقارنة على ضرورة توافر هذا الشرط.

وجديربالذكر يرى بعض الفقهاء(٢) ونحن نؤيده الرأي أن حرص هذه النظم وخشيتها من الانعكاسات القانونية والأخلاقية. والتى يمكن أن تشكل

---

(١) المنعقدة فى مكة المكرمة في دورتة الثانية خلال النصف الثاني من شهر يناير سنة ١٩٨٥
(٢) د/ طارق محمد عبد الله أبو حوه – المرجع السابق – ص ٣٣

كوارث اجتماعية يتعذر تداركها وخاصة عند تقدم نظم التكنولوجيات التناسلية مما يترتب عليه سيل من دعاوى إنكار النسب. وخاصة وأن الأمر لم يعد يقتصر على الإخصاب فى علاقة شرعية فحسب، بل تمادى عندهم فوصل ذروته بالسماح بالتبادل الخلايا التناسلية الناقصة والمكتملة؛ للإتمام الإخصاب فى علاقات شرعية وغير شرعية، إلى حد السماح بإنشاء سوق دولية لتحقيق هذا التبادل واستباحة الأمومة البديلة وتخليق الأجنة الإنسانية خصيصا بغرض تقديم تجارب علمية.

ومن منطلق هذه التجاوزات المفرطة من تلك التشريعات كان حرصها على تصريح بالحصول على الرضا الحر المستنير بالوسيلة المتبعة، وتأكيدا لهذا الحرص اشترطت أغلب تلك النظم الأوربية إفراغ هذا الرضا فى شكل كتابي يسهل به إثباته على
منكري نسب أطفالهم الذين ولدوا من جراء ممارسة تلك التقنيات[1].

وذات الموضوع جاء فى (المادة ٢/١٥٢) من قانون الصحة العامة الفرنسي " إذ يشترط أن يرتضى راغبا وسيلة الإنجاب الصناعى مقدما إجرائها[2].

- أن يتم الإنجاب عقب موافقة الزوجين (كتابيا) مباشرة.
- أجراء الإنجاب حال قيام العلاقة الزوجية.

---

(١) جاء ذلك فى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٨م فى المادة رقم ٦ بفقراتها الاربع :-
م ١/٦ "وجوب صدور الرضا بطريقة حرة وصريحة ومفرغة كتابة من المرأة الخاضعة لهذه الوسائل (اى وسائل الانجاب ومنها الإخصاب الصناعى) "
م ٦/ ٢ " وجوب أن تعى هذه المرأة بالمخاطر المحتملة والخاصةبها أو بأحتمال إجهاض جنينها "
م/٦/٣ " يجب الحصول على موافقة زوجها بنفس خصائص الموافقة السابقة بشرط قيام العلاقة بينهما حين الانجاب
م ٦/ ٤ " يحوز هذا لرضا ء متي استوفى شرائطه السابقة حجية الاثبات الواردة فى المادة ٢/٨ من القانون والمتعلقة بالمنازعة فى
- فى شرعية نسب الطفل الذى ولد بتلقيح طبى بنطفة غير الزوج "
راجع: المجموعة الدولية للتشريعات الصحية (R.i. 1 s.) القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٨م ص ٨٤.
(٢) مضافة بالقانون رقم ٦٥٣ لسنة ١٩٩٤ م " المجموعة الدولية للتشريعات الصحية ١٩٩

- التأكد من أن القائم بهذه العملية ذا ثقة ومن أهل الخبرة ويقطع بأن الحمل لا يتم إلا بهذا الطريق.
- أن يكون الهدف من هذه العملية الإنجاب فقط.
- استنفاد كافة وسائل معالجة العقم بغير الإنجاب الصناعى.
- اتخاذ الطبيب التدابير والإحتياطات اللازمة لضمان عدم اختلاط الأنساب.
- عدم اللجوء إلى هذه الطريقة إلا عند استحالة أتمام عملية الإنجاب الطبيعي بين الزوجين.

ونخلص من ذلك كله إلى أن الإنجاب الصناعى الذى يتم عن طريق تلقيح بويضة المرأة بمنى زوجها يعتبر مشروعا وهو بذلك لا يخالف النظام العام ولا الآداب العامة متى استهدف تحقيق غرض علاجى مشروع وهو الإنجاب.

الفرع الثاني

رأى فقهاء الشريعة الأسلامية القدامى فى الحكم على الإنجاب الصناعى

بالرغم من أن الفقه الاسلامى يحسب له السبق فى هذا المجال. إلا أنه لم يضع لنا الفقهاء القدامى جزاهم الله عنا خير الجزاء أبواب أو مواضيع مستقلة بذاتها فى كتب الفقه عن موضوع الإنجاب الصناعى ولكن تكلموا عنه ضمن مسائل أخرى مثل قضية الصوفة والنكاح فى الجاهلية وغيرها................ ويرجع السبب فى ذلك إلى حداثة وتعدد أشكال الإنجاب الصناعى بصوره المختلفة وبتقنية التى تتقدم يوما بعد يوم. لذلك لابد من أن ينظر الباحثون الجدد إلى هذه المسائل المستحدثة بنظرة أكثر اهتماما ووضع أسس وضوابط فى فى كتب الفقه المختلفة وجعلها مستقلة عن باقي المواضيع.

على أن يراعى تأصيل هذه المسائل المستجدة بالأحكام الشرعية المشابهة لها. ولذلك نحن نرى أنه من الضروري أن تدرس الأحكام الشرعية الخاصة بالأمور المستحدثة فى المجال الطبى فى كليات الطب والحقوق وجعلها فى كتب مستقلة وذلك نظرا لأهميتها.

نرى أن كل ما توصلنا إليه من أحكام شرعية فى مسائل الإخصاب المساعد يرجع الفضل فيه إلى هؤلاء الفقهاء الأجلاء أصحاب المذاهب الفقهية

الذين نالوا حظا وفيرا من ميراث الرسول - ﷺ - وأيضاً قدرتهم على التنبؤ بأمور لم تكن واقعة فى عصرهم ولم يكن بالأمكان توقعها. لكنهم رغم ذلك اجتهدوا فى افتراض أمور حدثت بعد عدة قرون.

١: فى فقه الحنفية:

جاء فى حاشية ابن عابدين[١] فى عدة من استدخلت منيا فى فرجها: " ومنه ما فى كتب الشافعية إذا أدخلت منيا فرجها فعليها العدة كالموطؤه بشبهة.

إذا عالج الرجل جاريه بدون الفرج فأنزل فأخذت الجارية ماءه فى شئ فاستدخلته فرجها فى حدثان ذلك فعلقت الجارية وولدت، فالمولود ولده والجارية أم ولد له فهذا الفرع يؤيد بحث صاحب البحر أهـ قلت: ويؤيده أيضاً إثباتهم العدة بخلوه المجبوب وما ذلك إلا لتوهم العلوق منه بحقه.

- مما سبق يمكن استخلاص الأحكام الآتيه:

أن إستدخال المنى بدون الأله أو بدون الايلاج متصور وجائز عقلا وشرعا.

أن إستدخال المنى كالوطء والإيلاج فى وجوب العدة وطرق النسب.

يثبت النسب من المجبوب لتصور إدخال مائه بالسحاق أو بالإستدخال أو بالقذف.

الشرط فى الماء - المنى إذا وجب العدة ويلحق النسب به أن يكون محترما سواء فى حال الإنزال أو فى حال الإستدخال (التخصيب).

٢: فى فقه المالكية:

جاء فى حاشية الدسوقي[٢] أن المنى يجوز عقلا وشرعا دخوله الفرج أو بالإدخال - أى بدون إيلاج وبذلك تثبت بإدخال المنى.

يثبت نسب ولد المجبوب منه أعتادا على رأى أهل الخبرة، وأهل الخبرة يثبتون ذلك للمجبوب بالسحاق أو بالإدخال أو بالإخصاب الطبى المساعد أو بالقذف.

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٢ صـ٦٢٤ و٦٣١ .المطبعة الكبرى الاميرية سنة ١٣٢٣هـ - ط ثالثة

(٢) حاشية الدسوقي جـ١ صـ١٣٠.

٣- في فقه الشافعية:

قال صاحب نهاية المحتاج[(١)] في سياق كلامه عن العدة " ولأن المعتبر من العدة براءة الرحم، وهى حاصلة بالوضع بشرط نسبته إلى ذي العدة - من زوج أو واطئ بشبهة - ولو إحتمالا كنفي بلعان، وهو محمل لأن نفيه عنه غير قاطعي لاحتمال كذبه، ومن ثم لو أستلحقه لحقه، أما إذا لم يمكن كونه منه كصبي لم يبلغ تسع سنين وممسوح ذكره وأنثياه مطلقا أو ذكره فقط ولم يمكن أن تدخل منه وإلا لحقه وإن لم يثبت الإستدخال.

- مما سبق أيضا يمكن استخلاص الأحكام الآتية عند الشافعية:

إستدخال المنى كالوطء في وجوب العدة وثبوت النسب به والرجعة، لأنه أقرب إلى العلوق من مجرد الإيلاج.

يشترط فى المنى الذى يكون استدخاله كالوطء أن يكون محترما، والعبرة فى الاحترام مجال يثبت النسب لوكان الزوج مجبوبا - أى مقطوع الذكر وحده - لإمكان إنزاله بالسحاق[(٢)].

والزنا لاحرمه ولا تجب به العدة ولا يثبت به النسب للزانى، ويحل نكاح الزانية الحامل.

الأحكام مرتبة أصلا على العلوق الذى سببه أنزال أو الإستدخال، إلا أنه لما كان الإنزال أو الإستدخال خفيا يتعسر تتبعه، علقت الأحكام على السبب الظاهر بل أنزال وهو الوطء فمن باب أولى تترتب تلك الأحكام على الإستدخال أن وجد.

يتخرج على القول بأن الأعتبار بالاحترام هو مجال الخروج فقط أحكام كثيرة أهمها ما يلى:

إذا لقحت أجنبية بماء زوج زوجته لا تنجب، وكان هذا الماء محترما وقت الإنزال وحملت منه ثبت نسب لهذا الزوج.

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للأمام شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير المتوفي سنة ١٠٠٤هـ جـ٧ صـ١٢٧ مطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ مـ).

(٢) استاذنا الدكتور محمد رأفت عثمان مهر الزوجة صـ١٧٩ قضايا فقهية معاصرة ، استئجار الأرحام - احكام الام البديلة(١٠\١١) بدون دار نشر

وكذلك إذا كان ماء محترما وقت نزوله، وحفظ فى بنك من بنوك حفظ النطف والأجنة المجمدة، ثم قامت الزوجة أو الجارية بعد وفاة الزوج أو السيد بالعلوق من هذا الماء المحترم وقت الإخراج فقط، وولدت ثبت النسب والميراث من باب أولى، ويختلف الحكم فى حاله القول بأن الاعتبار بالاحترام هو بالحالين معا حال الإخراج وحال الإستدخال.

إذا أختلط المنى المحترم بغير المحترم، وإمتزجا بحيث أصبحا شيئا واحدا لا يمكن التمييز بينهما، وتم التخصيب به ثبت النسب منه لصاحب المنى المحترم تغليبا للمنى المحترم، لأن النسب يثبت بإمكان

- إن المنى المحفوظ فى البنك غير محترم وخصبت به زوجة؛ ظنا منها أنه من زوجها وحملت منه وولدت فإنه لا يثبت نسب من صاحب المنى المحترم؛ لأن الشبهة التى يثبت بها النسب تعتبر فى الرجل وإذا ثبت نسب زوجها للفراش القائم بينها فله أن يتقيه باللعان.

٤: فى فقه الحنابلة

جاء فى المغنى[١] ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه فيتمسح بها، فإن عائشة قالت :ينبغى للمرأة إذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة، فإذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصلان فى ثوبيهما ذلك ما لم تصبه جنابة ".

وجاء فى الفروع[٢] : " إذا إستدخلت منى زوج أو أجنبى بشهوة ثبت النسب والعدة أنتهى وقال فيها هنا بعد أن أطلق الوجهين قلت :أن كان ماء زوجها أعتدت وإلا فلا....".

- ويمكن أن يستخلص مما سبق أيضا الأحكام الآتية :

أن إستدخال المنى من غير الإيلاج ممكن عقلا وواقعا.

يفهم من كلام الحنابلة أن العبرة فى الاحترام للمنى هى مجال الأخراج دون اشتراطه فى الإدخال.

---

(١) المغنى جـ٨ صـ١٣٦ ,جـ٩ صـ٥٥ , ٦٥ ,جـ١٠ صـ١٩٣

(٢) الفروع لمحمد بن مفلح بن محمد المقدسى ج٥ ص ٥٣٦ ط عالم. .....

أن إستدخال المنى المحترم يلحق به النسب ، والعدة- أن إستدخال المنى فى الأجنبية ليس بزنا موجبا للحد

٥: فى فقه الشيعة الزيدية:

وواضح أيضا أنه يمكن استخلاص الأحكام الآتية من فقه الشيعة الزيدية والإمامية :-

أن إستدخال المنى من غير طريق الإيلاح جائز عقلا وشرعا. يثبت بالمنى المحترمة النسب ، وتجب به العدة. يثبت النسب للزوج كلما أمكن. والعبرة فى الاحترام هى مجال الإخراج فقط.

هل يحق للزوج إجبار زوجته على التلقيح الصناعى حقا فى مطالبة الولد؟

يشترط البعض أنه فى الرضا الصادر من الزوجة ألا يكون تحت ضغط مادي أو معنوي[(١)] ويتصور ذلك فى حالة الزوج العقيم الذى يريد أن يخفى عقمه عن زوجته فلا يتردد فى اللجوء إلى الحيلة عن طريق الإنجاب الصناعى ، فإذا صدر رضاها نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه فإن هذا الرضاء لا يعتد به. حينئذ ويتجرد من قيمته القانونية. ويسأل البنك والطبيب الذى قام بغش الزوجة بالتواطؤ مع الزوج حتى وقعت ضحية لهذا الغلط أو الإكراه.

وبناء عليه اذا لم يوافق أحد الزوجين على عملية الإخصاب الطبى المساعد يسأل البنك أو الطبيب والزوج عن جريمة قد تصل فى نظر البعض إلى جريمة الاغتصاب أو هتك عرض.

وإن كان الغالب فى الفقه القانوني يذهب إلى تكيف هذا الفعل على أنه هتك عرض وإذا أخذ فى الاعتبار الإكراه سواء أكان ماديا فى صورة العنف أم معنويا فى صورة الغش والتدليس فإن الفعل يعد هتكا للعرض بالقوة أو التهديد

تعليق الباحثة:

على الرغم من رأي الفقه الفرنسي فى تأييده لحق طلب الزوجة فى الإنفصال الجسماني عند إعتراض الزوج عن الخضوع للتلقيح الصناعي ، إلا إنه

---

(١) د/ على حسين نجيدة – إلتزامات الطبيب فى العمل الطبى – ص ١٢٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ١٩٩٢.

أخفق وناقض نفسه فى الوقت الذى أعطى للزوجة حق القبول والرفض وجعل لها عنصر الرضا أساسيا فى أتمام عملية التخصيب الصناعى ؛ لذلك نرى أن هناك تعسفا عندما نصنف إجبار الزوج لزوجته للخضوع لعملية الإنجاب المساعد لا يعد من قبيل جريمة هتك العرض، ولكن يكتفي بحقه فى التطليق، ويقترح هذا الفقه أن تنشأ جريمة خاصة للإخصاب الطبى المساعد دون موافقة الزوجة هذا عن الفقه الفرنسي أما بالنسبة إلى الفقه الاسلامى :

إذا أكره الزوج زوجته على القيام بعملية الإخصاب الصناعى بغير منيه، فإن هذه الجريمة تعد فى معنى الزنا بالإكراه الذى يعاقب عليه الزوج والبنك أو الطبيب بعقوبة مناسبة يراها ولى الأمر رادعة لأمثال هؤلاء.

والتدليس يفقد القيمة القانونية للرضا فى كل القوانين ؛ لأن الأصل أن يكون الرضا حرا خاليا من عيوب الإرادة وقد اعتبرت محكمة نيو مكسيكو بالقبول الصادر من المريض، بعد أن تبين لها أنه أوقظ من بعد منتصف الليل عقب تناوله جرعة مهدئة، وطلب منه التوقيع على نموذج يفيد قبولة إجراء عملية جراحية، ومن ثم لم يكن المريض فى حالة معتادة تسمح له بهذا القبول[1].

وبالنسبة إلى توافر سن معين لدى راغب التلقيح.

وجديربالذكر قيدت بعض التشريعات ممارسة وسائل الإنجاب الصناعى بضرورة توافر سن معينة فى المرأة راغبة الإنجاب مثل القانون الأسبانى الذى وضع الحد الأدنى لذلك بثمانية عشر عاما، ولكنه لم يضع حدا أقصى لها، على عكس ما فعل المشرع الدنماركى الذى اهتم بوضع الحد الأقصى لسن المرأة التى ترغب الإنجاب دون الاهتمام بالحد الأدنى، فقرر بذلك ألا يزيد عمرها عن ٤٥ سنة، معتبرا أن من تصل إلى هذه السن، لا يتناسب عمرها أن تجرى تلقيح صناعى مع ما يتضمنه الحمل والوضع من مخاطر كبيرة يمكن أن تتعرض لها[2]

---

(١) د/ مصطفى عبد الحميد عدوى – حق المريض فى قبول أو رفض العلاج ص ٥٨

(٢) راجع:

La loi n 460 du 10 juin 1997 sur la fecundation artificielle, entreeen vigueur le l octobre 1997, determine les regles applicables a lassistance medicale a la procreation et a la recherché sur L, embryon (http: // rad2ooo. Free. er/ prodrepr. htm).

وذلك على غرار ما فعله المشرع الفرنسي فى المادة ١٥٢ / ٢ حين أستلزم أن يكون الرجل والمرأة فى سن تسمح لهما بالإنجاب[1].

الفرع الثالث

موقف الشريعة المسيحية فى الإنجاب الصناعى بين الزوجين

إن الإخصاب في الأنبوب ونقل الجنين ينطوي عادة علي قتل كائنات بشرية وهذا نوع من الإجهاض وبالتالي فهو غير جائز ويحقق الإخصاب في الأنبوب تعدياً علي الأعمال الدافعة إلى إخصاب بشري بواسطة العلاقة الزوجية الحميمة, حتى لو اتخذ الطبيب كل التدابير اللازمة لتجنب قتل الأجنة البشرية. فالطبيب بالنسبة للزوجين وللإنجاب شخص ثالث يقوم بعملية الإخصاب المتجانس في الأنبوب ونقل الجنين ويجريها خارج جسدي الزوجين, ويتعهد بنجاحها استنادا إلى كفاءته العلمية ومهارته.

فهذه العملية تعني تسليم حياة الجنين وهويته إلى قدرة الأطباء البيولوجيين, وتعزز تسلط التقنية علي أصل الشخص البشري ومصيره. وهذا التسلط في حد ذاته يناهض الكرامة والمساواة المشتركة بين الوالدين والأولاد. فالحبل في الأنبوب نتيجة العمل التقني الذي يتحكم بالإخصاب, وبالتالي فهو لا يعبر عن اتحاد الزوجين الحميم الذي به يشارك الزوجان الله في منح الحياة لشخص جديد في عملية الخلق والإنجاب.

ماذا عن رأى الكنيسة؟

وقد كان للكنيسة موقف من ذلك مفاده (أن المني كجزء من الجسد مرتبط بالخصوص للقيام الكلي ؛ ولهذا يجوز التصرف فيه لأجل حفظ الكل(٢). وقد أدانت الكنيسة الكاثوليكية هذا النوع من التلقيح الصناعي واعتبرته عملاً غير أخلاقي ويشكل إعتداءً وانتهاكاً لقوانين الزواج ويتشابه مع الزنا. كما

---

(١) وقد أثارت واقعة الحمل التى حملت فيها امراة تعدى عمرها الستين وذلك بطريق استبدال الحمل بدلا من ابنتها , حيث قامت باحتضان بويضة ابنتها المخصبة بدلا منها لوجود عيوب خطيرة برحم الابنة وعندما وضعت الام المولود اهدته لابنتها كى تعوضها حالة العقم التي نشأت لديها. راجع :-
Apropos de" l , affairede Draguignan": ' " menopause et procreation medicalement assistee" Anna grabinski, 2001, h ttp : \\ www. Inserm. Fr \ethique

(٢) بولس انطوين، اللاهوت الأدبي بأسره، روما ٨٣٤ ج١، ص ٢٠٧.

اعتبرت الطفل الذي يجئ عن هذه العملية غير شرعي)(١) وأوضحت أن الرغبة في الطفل شرط ضروري لإنجاب بشري مسئول. غير أن هذه الرغبة لا تكفي وحدها لتقييم الإخصاب في الأنبوب بين الزوجين تقييماً أدبياً وضعياً ويجب تقييم هذا الإخصاب بحد ذاته.

المطلب الثانى

الإنجاب الصناعى بين غير الزوجين (الاستعانه بالواهب)

تتم هذه العمليه بتدخل طرف ثالث فى الانجاب وهو الواهب الذى يمكن ان يكون واهب النطفة الانثوية أو بالنطفة الذكرية لذلك سنقوم بعرض صور وطبيعة هذه العملية ثم نتناول موقف القانون والقضاء والفقه الشرعى منها كلا منهم على حده

أولا: الإنجاب الصناعى عن طريق التبرع بالبيضة المؤنثة أو بمقابل.

وتتم هذه الطريقة من خلال نقل نطفة الزوج ونقل بويضة من امرأة أجنبية أى ليست بزوجة، ثم يتم الإنجاب الخارجي ثم تزرع اللقيحة فى داخل رحم الزوجة[٢].

(١) رأي المطران سليم الصايغ مطران طائفة اللاتين بالاردن المنشور في جريدة الدستور الاردنية العدد (١٠٤٦٤) تاريخ ١٩٩٦/١٠/٩ بعنوان (الإخصاب الصناعي المتجانس).

(٢) د/ على بارك – أمراض نسائية غامضة –مجلة العربى العدد ٣٧٥ فبراير ١٩٩٠ – الكويت ص (١٢٤٠ وتتم هذه الطريقة عندما تكون الزوجة مصابة بعاهة فى المبيض أو كان مبيض المرأة به آفة أو كان المبيض مستأصلا ولكن رحمها سليم وقابل للعلوق ففي هذه الحالة : إذا كان الرجل سليما ولا يعانى من عدم التخصيب عندئذ تؤخذ منه الحيوانات المنوية ويتم ادخالها إلى الجهاز التناسلي لامرأة غير زوجتة بواسطة الإخصاب الطبى المساعد الداخلي فى وقت الابياض، ثم فى اليوم الخامس يقوم الطبيب بغسل الرحم بحيث يعثر على البيضة الملقحة فإذا تم العثور عليها وضعها فى رحم المرأة التى لا ينتج مبيضها أو استؤصل أو......وبالتالي لابيض لها، وقد تمت هذه العملية بنجاح فى الولايات المتحدة أما إذا كان الرجل غير صالح للتخصيب: ، فانة فى تلك الحالة يتم تلقيح الأجنبية هذه بمنى غير منى هذا الرجل، وفى اليوم الخامس يجرى غسيل الرحم فإذا تم العثور على البيضة الملقحة أخذت وغرزت فى رحم الزوجة العاقر، وهذه الطريقة تماثل الطريقة السابقة إلا أن المنى هنا لغير زوج العاقر، وقد تكون المرأة التى تزرع فيها البيضة المخصبة غير متزوجة أصلا وقد تكون المرأة المانحة للبيضة بمقابل مادي أو غير مادي –أما أو أختا..... ويشترط لحدوث الصور السابقة أن يكون رحم المرأة التى تزرع فيها البيضة المخصبة سليما قابلا للحمل.

وحكم هذه الصورة محرم شرعا وذلك للأدلة الاتية:

١ : إن منى الزوج غير محترم هنا – سواء في حال الإنزال أو في حال الإدخال – وبالتالي لا يثبت النسب منه للزوج.

٢ : أن إستدخال الزوجة للبيضة الأجنبية المخصبة بمني الزوج غير المحترم شرعا أنما هو في معنى الزنا المعاقب عليه.

٣ : إن الفقهاء قد نصوا علي أن المنى إذا كان غير محترم وقت الإنزال فإنه لايثبت به النسب قولا واحدا وإنما الخلاف بينهم في هل الشرط أن يكون محترما أيضا وقت الإدخال (التخصيب)؟ علي رأيين وقد سبق ترجيح الرأي القائل بضرورة أن يكون المني محترما في الحالتين – حال الإنزال وحال الإستدخال (التخصيب) حيث يثبت به النسب شرعا. أما اشتراط كونه محترما وقت الإنزال ليثبت به النسب فلا خلاف فيه.

وعلى ذلك فإن الماء وقت إنزاله إنما قصد به تخصيب بيضة أجنبية وهذا ممنوع وغير جائز وبالتالي يكون المني غير محترم شرعا وكذلك البويضة ولا يثبت النسب بهما لأصحابها البيولوجيين لعدم احترامها لأنه إذا كان الفقهاء كما سبق نصوا علي : عدم لحوق النسب إذا كان المني وقت الإنزال غير محترم كما إذا كان بسبب الزنا وأن كان وقت الإستدخال محترما لقيام علاقة الزوجية حينئذ فمن الأولى في هذه الصورة أن يكون حكمها التحريم وعدم ثبوت النسب من الزوج صاحب المني غير المحترم. وكذلك الأجنبية صاحبة البيضة المخصبة غير المحترمة أيضاً. وإنما يثبت النسب في هذه الحالة للأم التي حملت ووضعت فقط كابن الزنا.

ثانيا: الإنجاب الصناعى بين نطفة ذكرية لواهب لا يربطه بالمرأة رابطة زوجية

A rtificial Insemination by donor

تتم هذه العملية بنقل نطفة من رجل أجنبى وبويضة من امرأة ليست بزوجة صاحب النطفة (لا يشترط فى المرأة أن تكون متزوجة أوغير متزوجة) ثم تعاد بعد تلقيحها خارجيا إلى رحم المرأة صاحبة البويضة، يلاحظ فى الطريقة السابقة أن خلية الرجل (الحيوان المنوى) الذى لقحت به بويضة المرأة ليس من زوجها ولكن من رجل أجنبى عنها. ويسمى صاحب النطفة الذكرية (المعطى أو الواهب).

وهذه النطفة المتبرع بها من المعطى أو الواهب ساعد على وجودها ما يعرف حاليا ببنوك النطف والأجنة المنتشرة فى كثير من دول الغرب. ووظيفة هذه البنوك أن تجمع النطف الذكرية من المانح أو المعطى بمقابل مادي أو غير مادي ثم تحفظ هذه النطف الذكرية فى ثلاجات خاصة عند درجة ١٩٠ تحت الصفر تقريبا بواسطة النيتروجين السائل. وذلك بعد التأكد من خلو المانح للمنى من الأمراض الجنسية مثل الإيدز والسيلان والزهري وغيرهما من الأمراض. ويعطى ذلك المنى بعد تصنيفه وتبويبه للنساء اللائي يرغبن فى ذلك واللائي يعانى أزواجهن من عدم وجود حيوانات منوية لديهم.

ومما لا شك فيه تعتبر هذه العملية وأن كانت مقبولة ومعروفة فى المجتمعات الغربية إلا أن هذه المجتمعات تقابل هذه الطريقة بالرفض، فقد أدانت الكنيسة الكاثوليكية هذا النوع من الإنجاب الصناعى واعتبرته عملا غير أخلاقي، يشكل اعتداء وانتهاكا لقوانين الزواج ويتشابه مع الزنا. كما اعتبرت الطفل الذى يولد بهذه الطريقة طفلا غير شرعي. كما أدانته أكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية الفرنسية بقرار صادر فى ٩ مارس ١٩٤٩.

أما بالنسبة إلى مجتمعاتنا الإسلامية فهي ترفض هذا النظام رفضا باتا لتعارضه مع نظام الأسرة, وبالتالي النظام العام والآداب. ومن المتوقع ارتفاع هذه النسب بسبب التكاليف البسيطة لهذه العمليات، فالتخصيب بحيوانات منوية طازجة يكلف ٦٠ دولار وبالمجمدة يتراوح ما بين ١٠٠و٢٠٠ دولار(١).

ورغم السرية التى تحيط بهذه الطريقة, فإن إحصائيات الولادات تتراوح ما بين عشرة آلاف ومائة ألف طفل سنويا, كما يقول الدكتور "يروم شيرمان "رئيس مجلس التكاثر فى مصارف الأنسجة الأمريكية(٢).

ولا شك من أن هذه الطريقة يزداد فيها احتمال انتقال الأمراض الوراثية والجنسية وزيادة احتمال ولادة أطفال مشوهين بالعيوب الخلقية(٣).

---

(١) مجلة الجيل – الحمل التكنولوجي التمطور – مشار اليه – ص ١٣٢اغسطس ١٩٩٠- العدد ٨

(٢) مجلة طبيبك – العدد ٣٣٧ مايو ١٩٨٦ ص ٨٦ اضرار الحمل التكنولوجى

(٣) تزداد في الإنجاب الصناعي احتمالات الأصابة بالأمراض الوراثية وولادة اطفال مشوهين بالعيوب الخلقية. وذلك لأنه في تلقيح الطبيعي تعجز الحيوانات المنوية المريضة أو الهزيلة عن الوصول إلى البويضة. فهناك اختيار طبيعي للحيوان المنوي الاقدر على =

الفرع الاول

التقييم القانوني لوضع المولود من تلقيح نطفة ذكرية (واهب) لا يربطة بالمرأة رابطة زوجية

A rtificial Insemination by donor"AID"

أولا- هل اتفاقيات ما قبل الحمل في مصلحة الأطفال؟

رغم أن هناك مجتمعات غربية تقبل أنظمتها الدينية والاجتماعية هذا الأسلوب من أساليب الإنجاب الصناعى إلا أن هذا الطريق من وجهة نظرنا لا يكون إلا مقايضة بالأطفال ولا يخلو من المشاكل القانونية لجميع أطراف العلاقة

بالنسبة إلى العلاقة بين زوج المرأة التى أنجبت بواسطة الإنجاب الصناعي عن طريق واهب وبين الطفل الناتج من هذه الطريقة :

- **من الناحية البيولوجية**: رغم أن الواهب هو الأب البيولوجي لهذا الطفل ومع ذلك فإن شخصيته مجهولة للطفل تماما. هذا بالإضافة إلى أن هذا الطفل ليست له أية حقوق قانونية مع هذا الشخص.

فماذا يحدث لو أقر الأب (زوج المرأة التي تم تلقيحها عن طريق الواهب) بموافقته لتلقيح زوجته بالطريقة سالفة الذكر وبعد ذلك نفى الأب نسب الولد له؟

- **من الناحية القانونية**: للإجابة على السؤال السابق يجب أن نشير إلى أن الزوج هو الأب لهذا الطفل الذي يجب عليه طاعته رغم عدم وجود رابطة (الدم)[1] ومن هذا يتضح لنا أن هناك انفصالا بين رابطة الدم ورابطة الأبوة الذي يعتبر البعض أن اتحادها هو أساس لتنظيم الأسرة[2]. ورغم أن الزوج لا يعتبر أب للطفل إلا أنه ملزم بحكم موافقته على إجراء هذه العملية لإنجاب الطفل وبالأنفاق عليه في فترة الزواج وحتى بعد الطلاق في حالة تطليقه للزوجة.

=

نلقيح البويضة. أما في الإنجاب الصناعي فهذه الميزة المفقودة. وذلك لأن الحيوانات المنوية تقذف مباشرة إلى الرحم. وقد يكون من بينهما حيوانات منوية ضعيفة أو هزيلة أو مريضة. وعندما تلقح هذه الاخيرة البويضة. تكون الثمرة طفل مريض أو مشوه.
أنظر محمد على البار، طفل الأنبوب والإنجاب الصناعي، مشار اليه، ص٨١ — ٩٤.

(١) Dierkens. r " les droits sur lecorp sct iecadavre de I' home" ed- Masson. – aris 1966.p.79

(٢) Dierkens op – cit p. 81

ولكن في حالة عدم موافقة الزوج على أجراء هذه العملية, فلا يمكن بالتالي النظر إليه باعتباره أب للطفل ومن ثم ترد الحقوق الأبوية بالكامل إلى الأم(١) وليحكم على الزوج النفقة في حالة الطلاق(٢).

ونحن نرى أن هذه الصورة (الواهب والمتبرع بالنطفة الذكرية) شبيهة بصورة المتبرع بالرحم؛ حيث أنه ينتج عن الأولى طفلا له أب بيولوجي وأب بالتبني، أما الثانية فينتج طفلا له أم بيولوجية ثم بالتبني وأخرى متبرعة بالرحم.

ثانياً ـ المشاكل المترتبة على هذا النوع من الإنجاب بالنسبة إلى مشكلة تسجيل الولادة:

مما لاشك فيه أن هناك مشكلة تتعلق بتسجيل الطفل بعد الولادة, حيث يقدم الأزواج أنفسهم باعتبارهم الأب للطفل غير أن مثل هذا التسجيل مخالف لقوانين الولادة والوفيات(٣) حيث أنه ينبغي أن تكون شهادة الولادة لطفل تم حمله وإنجابه بواسطة "A I D" "خالية من تعريف الأب(٤)". ونرى أن التكييف القانوني لنظام التسجيل سيكون كالآتى:

نرى إنه إذا وافق الزوج تسجيل الطفل يعتبر هذا نظام تبنى مع الأخذ فى الاعتبار بمخالفة هذا النظام للشريعة الإسلامية, أما إذا لم يوافق واعترض الزوج على تسجيل الطفل يعد هذا الابن ابن زنا

وهناك مشكلة أخرى وهي أنه أحيانا يحدث زواج بين الأطفال الذين تربطهم صلات قرابة تمنع مثل هذا الزواج؛ حيث يقول د/جورجيس دافيد رئيس أكبر بنك للحيوانات المنوية في فرنسا كلما زاد عدد النساء اللائى يلقحن بالحيوانات المنوية لرجل واحد كلما زاد الاحتمال بأن تلقح إحدى محارمه بها(٥). لحل هذه المشكلة القانونية قبل يجب البوح للطفل بالطريقة التي تم بها الحمل, فكما أن للطفل بالتبني في المجتمعات التي تأخذ بنظام التبني الحق في اكتشاف

---

(١) انظر فى القانون الانجليزى Children Act 1975 s.,85.

(٢) Butter worths,op-cit p.42.

(٣) the Births and deaths Registration act 1953(u.k). The Registration of dnaltocs 1965 tca segairra M Births, deathsand

(٤) Look News week, march, 1985, 18, p. 45.

حيث تشير الإحصاءات إلى وجود ربع مليون طفل لا يعرف لهم اب نتيجة للانجاب الصناعى من متبرعين مجهولين.

(٥) مشار إليه فى: News week op. – cit p.56

حقيقة والديه فيجب إذا منح هذا الحق للطفل بالإنجاب الاصطناعي بواسطة واهب ويقترح أن يتم هذا عند بلوغ الطفل عامه الثامن عشر(١).

بالنسبة إلى شخصية الواهب:

غير أن السرية الضرورية التي تحيط بشخصية الواهب تقف حجر عثرة في طريق نجاح هذا الاقتراح السابق. وبذلك يظل الحل الأمثل للإشكالات المختلفة المرتبطة بهذا الأسلوب من الإنجاب هو إصدار القوانين المنظمة له(٢)، وذلك في المجتمعات التي تتقبل مثل هذا الأسلوب من التلقيح.

الفرع الثانى

الموقف الفقهى والقضائي الفرنسي من الإنجاب الصناعى بين نطفة ذكرية لواهب لا يربطة بالمرأة رابطة زوج

مع تطورالاخصاب الطبى الذى منح الأمل لكثيرمن الحالات المرضية التى تصل إلى حد العقم الدائم غير المرجو من شفائها مما دفع الكثير من الأطباء فى وضع حلول بديلة منها التبرع بالخلايا التناسلية سواء أكانت الأنثوية أوالذكرية حتى تتحقق أحلام الزوجين فى وجود الولد عن طريق الواهب ؛ لذلك سنتناول صورة من صور الإخصاب الصناعى غير المشروعة لصدوره من علاقات غير شرعية بين متبرع بنطفة أنثوية أوذكرية لأحد الزوجين. وذلك من خلال موقف القانون والقضاءالفرنسى من الإخصاب الصناعى بين الزوجين بواسطة واهب باعتباره الجهة التى عرضت عليه مثل هذه المسائل

ثم نقوم بعرض موقف التشريعات المقارنة. وأخيرا موقف الشريعة الإسلامية من التقنينات القانونية والقضائية السابقة المجيزة لهذه الطريقة.

---

(١) warnnock Mary (chairman) Report of theCommittee of inquiry into human Fertilization and Embryology cmnd 9314) 1984. HMSO-London

(٢) Butter Worths. op- cit p. 43 –3

راجع فى المشاكل القانونية عن الإنجاب الصناعى بواسطة الواهب :
Cusine D "AID and the law" 1975,ed Ethics 39, WheianD, D "the law and artifical insemination with donor semen" 1978, d j Austral 56. shaman331 wal maf j 18, 1979, noitan JM Legal aspects of artificial insemi.

لم يهتم المشرع الفرنسي بالقضايا الخاصة بالتبرع بالبيضة المؤنثة اهتماما كبيرا فى القضاء الفرنسي ؛ والسبب فى ذلك إلى الاعتقاد السائد بأن الأم الحقيقية هي الأم التى تلد وليست الأم البيولوجية. ولذلك ترجح كافة الأم بالحمل عن الأم البيولوجية فى إثبات النسب. وهذا اعتقاد خاطىء فالنسب هنا يثبت للاثنين معا. كما أن هناك أما بالرضاعة. فيوجد فى هذه الحالة أم بالحمل وأم فسيولوجية ونرى أنه من الممكن أن نطلق على الأم بالحمل نظام الأم الوالدية لها حقوق وعليها التزامات كالأم بالرضاعة.

ولكن القضايا أو الدعاوى أو المشاكل التى فرضت نفسها على الساحة القضائية فى فرنسا هي حالات الإخصاب الطبى المساعد بتدخل واهب بنطفة ذكرية للزوج العقيم التى تلقح بها زوجته وتلد له ولدا لا ينتمي إليه من الناحية البيولوجية مما ترتب عليه آثار العديد من المشاكل المتعلقة بحقوق الطفل المتخلق جراء هذه الطريقة، ومدى التزام الأب البيولوجي ناحيته. ونظرا لحداثة تلك المستجدات فقد اختلف الفقه الفرنسي فى مسألة نسب الطفل لهذا الأب غيرالبيولوجى وحق الأخير فى إنكار النسب.

ومن ناحية أخرى فلقد استقر هذا القضاء على عدم الاعتراف بشرعية الإنجاب الصناعى بنطفة غير الزوج على النحو التالي وهناك سؤال يطرح نفسه وهو:

موقف الفقه الفرنسى من الإتجاه الأول:

حق الزوج فى نفى نسب الولد له الناتج عن التبرع بنطفة غيره:

يرى القضاء أنه لا اعتبار بإقرار الزوج أو بموافقته لتخصيب زوجته بواسطة واهب بنطفته الذكرية فهذا الإقرار ليس له قيمة قانونية باعتبار أن هذا الأب ليس الأب البيولوجي لهذا الطفل هذا بالإضافة إلى أنه لا يجوز التنازل مقدماً عن الدعاوى المتعلقة بحالة الأشخاص ويبطل كل اتفاق علي ذلك بموجب- المادة ٣١٣ م فرنسي- بما يؤكد بطلان الاتفاق السابق ؛ لذا فقد الثانى العديد من الاحكام إلى الأخذ بهذه الحقائق القانونية وإجابة الزوج إلى طلبه إنكار بنوة الطفل المتخلق من نطفة متبرع مع طرح كل قيمة قانونية لإقرار الزوج بالموافقة علي الإنجاب بهذه الطريقة مع عدم الاعتداد المطلق لمصالح ذلك

الطفل الذي أتى إلى الحياة بناء علي الاتفاق بين الزوجين ونفي نسبه بناء علي الاختلاف بينهما ؛ لذا فأن هذه الأحكام قد وصفت بأنها تجافي أدنى قواعد العدالة, حيث لم تضع أى اعتبار لمصالح الطفل الذي لا يعلم عن أبيه البيولوجي شيئاً ، في حين أنكر أبيه الاجتماعي نسبه.

ويصرف النظر عن الاختلال النفسي الواقع لا محالة علي الطفل نتيجة ميلاده يتيما أو مجهول الأب فمن سيتحمل مسئولية هذا الطفل التربوية والمادية ؛ لذا فإن هذه الأحكام قد منعت عن الطفل كل حقوقه وحرمته من كل شئ[١].

ـ الاتجاه الثاني:

لا يعتبر أبا للطفل إلا أنه ملزم بحكم موافقته على أجراء هذه العملية لإنجاب طفل بالأنفاق وحتى بعد الطلاق فى حالة تطليقة لزوجته ، ولكن فى حالة عدم موافقة الزوج على إجراء هذه العملية فلا يمكن معاملته باعتباره أب للطفل, ومن ثم ترد الحقوق الأبوية بالكامل إلى الأم[٢] ولا يحكم على الزوج بالنفقة

ـ الاتجاه الثالث:ـ

عدم أحقية الزوج في نفي نسب الولد المتخلق بنطفة غيره:ـ

لقد سلك القضاء في سبيل الوصول إلى تحقيق مصلحة الطفل سلوكا قضائيا متميزا حين تقدم القضاء في خطوة جريئة إلى مخالفة النص الصريح الذي يجافي قواعد العدالة, وذلك انطلاقا من الآثار المترتبة على النقد الذي وجه إلى القضاء السابق والذي لم يعط حقوق الطفل أي اهتمام, أن توجه القضاء توجها إنسانيا يدنو به تجاه مصالح الطفل ؛ ليرفع قدرها الذي سترته القضية السابقة بالحقائق والمبادئ القانونية والتي لم تستطع قواعد العدالة أن تقدح فيها شيئاً. ولقد سلك القضاء في سبيل الوصول إلى تحقيق مصلحة الطفل سلوكا قضائيا متميزا, فيتقدم القضاء في خطوة جريئة إلى مخالفة النص الصريح الذي يجافي قواعد العدالة حيث توصلت إلى تحقيق ذلك محكمة Bobigng حين عرض عليها

(١) Hrut. Wriller (D) "note sous le TGI de Nice 30 juin 1976" D – 1977 – P – 46 et s.

(٢) انظر فى القانون الانجليزى Children Act 1975 ، s ، ٨٥.

طلب الزوج إنكار نسب ابنه الناتج من عملية تلقيح زوجته بنطفة متبرع مدعيا, أنه رغم رضائه بالوسيلة وموافقته عليها مسبقا إلا أن زوجته كانت علي علاقة بصديق لها في فترة الحمل, مما يؤكد به الزوج أن الولد المتخلق أنما كان نتيجة المعاشرة بين زوجته والعشيق وطلب لتأكيد دعواه إجراء تحاليل الدم التي تثبت أنه ليس الأب البيولوجي للطفل.

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلا إذ أنه لا يجوز التنازل عن حق الزوج في إنكار النسب ؛ لكونه من الحقائق المتعلقة بالنظام العام والمقررة بموجب المادة ٣١٢م فرنسي وفي الموضوع برفض طلب الزوج حيث لم يؤسس إنكاره علي أسباب قوية تدفع المحكمة إلي نفي النسب الذي سيؤثر بشدة علي مستقبل الوليد بالنظر إلي أنه لن يعلم عن أبيه البيولوجي شيئا لجهالة مصدر العينة المنوية المتبرع بها, أما طلب إجراء تحاليل الدم لإثبات انتفاء العلاقة البيولوجية بين الطفل والزوج فهذا لا يعني المحكمة في شئ, إذ لو صدق ذلك فسيؤدي إلى ذات النتيجة السابقة من افتقاد الطفل أن ينسب لأحد, فالمشكلة في نظر المحكمة تتمثل في انتفاء الدوافع القوية لإنكار النسب بعد إقراره السابق به, وأن الحكم بإنكار النسب لكل من يطلبه بناء علي أنه ليس الأب البيولوجي لمن ينكر نسبه هو أمر لا تقوى به دعواه لكي تقبل ؛ لذا فقد حكمت المحكمة برفض طلب الزوج بإنكار نسب ذلك الطفل[1] ناقشت محكمة ولوز بحث مشروعية التخصيب الصناعى بواسطة

---

(١) T-G-I- de Bobigng 18 jan 1990, D – 1990-II-P. 332 note saujot (callette)

ويبدوا أن المحكمة هنا قد اختلط عليها الأمر وهي في محمل بيان أسباب حكمها برفض الإنكار فمن التناقض أن يمنح القانون الزوج الذي تحمل له زوجته بشكل طبيعي حق إنكار هذا النسب ثم تأتي المحكمة هنا لتحرمه من ذلك الحق المقرر لأقرانه من الأزواج لمجرد أن زوجته حملت بطريقة صناعية وهذا أيضا لم تقصده المحكمة وإنما الذي أرادت بيانه هنا – في اعتقادنا – أنه ليس كل زوج حملت زوجته بمعاونة الوسائل الطبية أن ينكر ذلك النسب مستندا إلى أن الانجاب إنما تم بطرق صناعية فهذا ليس حجة في نظر المحكمة ينتفي بها النسب. لكن أيضا الخطأ التي وقعت فيه هو رفض طلب الزوج إجراء تحاليل الدم فهذا حق مقرر له لا يجوز للمحكمة أن تطرحه جانبا لمجرد أن الولد نتج عن وسيلة صناعية إلا إذا كانت المحكمة ستعتبر وسائل الانجاب بمعاونة العلوم الطبية البيولوجية طريقة قاطعة لثبوت النسب وهذا علي أية حال لا يمكننا اعتماده فقد تلقح الزوجة ويسقط الحمل منها ثم ترتكب خطيئة الزنا فتحمل =

واهب عن طريق الاستعانة بنطفة وذلك من خلال دعوى طرحت عليها لا تخص زوجين وإنما صديقين أتفقا على تلقيح الصديقة بنطفة متبرع؛ نظرا لعقم الصديق الذى لا ينتظر شفاؤه وبعد نجاح الإنجاب بنطفة الغير اقر الصديق ببنوة الطفل ثم عاد وأراد إنكار هذا الطفل، نتيجة ما حدث من خلافات بينه وبين صديقته فتوجه إلى المحكمة مطالباً الحكم بنفي نسب الطفل والرجوع عن إقراره السابق.

وقبل أن تجيبه المحكمة لطلبه أرادت أن تبدي رأيها صراحة في موضوع الإنجاب في نطفة المتبرع والحقيقة أنها اتخذت مسلكا موحدا في تقييم هذا الأمر، إذ قررت بطلان الاتفاق علي الإنجاب بنطفة متبرع بين الأصدقاء أو بين الزوجين علي السواء، وأيضاً قررت عدم مشروعية محل الإنجاب إذا كان بنطفة الغير أو ببويضة الغير، كذلك وحسنا ما فعلت المحكمة حين أرادت أن تدلي برأيها في هذا الموضوع بشكل يتسم بالعمومية في تحريم هذه الأفعال بين الأصدقاء أو بين الأزواج وسواء كان التبرع بنطفة أو ببويضة رغم أن المعروض عليها قضائياً هي مشكلة خاصة بصديقين ومحل التبرع فيها نطفة وليست بويضة وكان سند المحكمة فيما قررته أن السماح بتبادل الخلايا التناسلية يصل بالطفل إلى اعتباره في مصاف الأشياء وأن ذلك يتعارض مع مبدأ منع الاتفاق علي تغيير حالة الأشخاص. حكمت بقبول طلب الصديق والرجوع عن إقراره ببنوة الطفل، وحرصا منها علي مصالح الطفل الذي تم تعريضه لمخاطر جسيمة ألزمت الزوج بدفع تعويض مائة ألف فرنك للطفل الذي تسبب الصديق في ميلاده يتيماً بدون أب[1].

=

وتلد ولد الزنا وحينئذ لا يمكن الادعاء بأن إجراء وسيلة تلاقح طبي تلزم الزوج ألا ينكر نسب الطفل المتخلق منها أو أن يمنع من اتخاذ الوسائل الطبية المؤدية لأن يقف غير مشتتا علي حقيقة نسب من ولدته زوجته له بمعاونة الوسائل الطبية المساعدة علي الإنجاب.

(١) La C.A. toulouse. 21 sept – 1987, J-C-P-21988, 21035.

الفرع الثالث

موقف التشريعات المقارنة من الاستعانة بواهب فى الإنجاب لأحد الزوجين

انقسمت التشريعات الأوربية إلى فريقين: أولهما مؤيد للتبرع بالنطف الآدمية لمساعدة الزوجين فى الإنجاب سواء أن كان باجر أو بغيره مع وضع ضوابط وشروط لهذا الفعل والأخرى رفضت القيام بتلك التقنية وسوف نعرض لكلا الاتجاهين رأيه على حده.

أولا: التشريعات المقارنة المؤيدة لتبرع الغير بنطفة لمساعدة الزوجين:

أجازت التشريعات التى أيدت فكرة تبرع الغير بنطفة لمساعدة الزوجين فى الإنجاب لإتمام الإنجاب بها. ولقد وضعت ضوابط شكلية وأخرى موضوعية علي هذه الإجازة المطلقة نستطيع أن نسردها من خلال النصوص القانونية للنظم الأوربية:

(أ) **في حالة التبرع بنطفة للزوجين أو الصديقين:**

اشترط المشرع الفرنسي في - المادة ٢٠/٣١١، ١٩- والمضافة - للمادة ١٠ من قانون ٦٥٣ لسنة ١٩٩٤م[١] - ما يلى:

يجب أن يصدر رضاهما في شكل رسمي أمام قاضي المحكمة الابتدائية أو الموثق اللذان يعلمان الزوج أو الصديق الذي قبل تلقيح زوجته أو صديقته بنطفة متبرع بكافة الأثار القانونية والاجتماعية المترتبة علي هذا القبول خاصة مسألة نسب الطفل؛ لذا فأن القبول السابق لا ينتج أثره إلا إذا استمر إلى حين تمام الإنجاب فإذا رجع الزوج أو الصديق عن الموافقة أو توفي أحدهما أو تم طلاق الزوجين فأن الموافقة السابقة لا ترتب أي الآثار قانونية في الحالات السابقة شريطة أن يحدث ما سبق ذكره قبل حصول الإنجاب وأن يكون العدول عن الموافقة في شكل كتابي موثق.

فقبل صدور القانون - رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤م - والمتعلق بهبة، واستخدام منتجات الجسد الإنساني والمساعدة الطبية للإنجاب لم يتطلب المشرع

---

(١) التشريع الفرنسي رقم ٦٥٣ لسنة ١٩٩٤، والخاص بالإنجاب الطبي المساعد، واحترام الجسد الإنساني وحمايته.

الفرنسي ثمة شروط هذا وقد نص المشروع الابتدائي لـ Braibant صراحة علي إبقاء اللجوء إلي الإنجاب الطبي المساعد للأزواج الأحياء المتزوجين أو المعتبرين في حكم الأزواج[1] ولكن بعد صدورا لقانون سالف الذكر اشترط المشرع شروطا وضوابط للإجراء هذه العملية.

رضاء الواهب بالتبرع بنطفة الادمية:

ورضاء المتبرع شرط أساسى لإتمام عملية التبرع للتلقيح والدليل على ذلك - نص المادة ٦٧٥ / ٩ - من قانون العقوبات الفرنسي والمضافة- للمادة ١٧ من قانون ٦٥٣ / ١٩٩٤م - . والتي تقضي بالحبس ٥ سنوات وغرامة ٥٠٠ ألف فرنك علي كل من يتلقى أو يسحب خلايا تناسلية من شخص علي قيد الحياة دون الحصول علي رضائه بذلك كتابة. وفي هذا النص دلالة علي ضرورة الحصول علي رضا مسبق من المتبرعين بالدمم الجينية لغيرهم من المحتاجين لها وإلا تعرضوا هم والطبيب القائم بعملية السحب ويليها التخصيب والزرع إلي العقوبة الجنائية الواردة في المادة السابقة.

(ب) **أما في حالة التبرع ببويضة مؤنثة:**

فإن الشارع الفرنسي أوجب صدور قرار من السلطة القضائية المختصة بالموافقة علي قبول الزوجين أو الصديقين تلقيحها وزرعها في رحم الزوجة أو الصديقة. ولا تصدر الموافقة إلا بعد التيقن من دوافع وعلة الالتجاء لتلك الوسيلة وبحث أسبابها ودراسة لأثارها علي الزوجين والطفل وبيان مخاطرها للأطراف ومدى مسئوليتهم عنها. ولضمان إعمال القيود الشكلية السابق أفرد المشرع الفرنسي عقوبات جنائية تصل إلي الحبس سبع سنوات والغرامة التي تصل إلي(٧٠٠ ألف فرنك فرنسي)لكل من يتلقى بويضة مخصبة دون احترام الشروط القانونية السابقة.

---

(١) كان يعيش هؤلاء حياة مستقرة توحي بأنهما متزوجين أنظر د. ممدوح المسلمي – الإنجاب الصناعى فى القانون المدنى – دراسة مقارنة – جامعة الزقازيق – ١٩٩٦ – ص ١٨٦.

(ج) الحفاظ على سرية الأصل الجيني للنطف الأدمية المتبرع بها:

اختلفت التشريعات المؤيدة لهذه الوسيلة على المتبرعة المتبرع بالخلايا التناسلية خشية حدوث المنازعات بين أطراف العلاقة الخاصة بالأبوة والأمومة بين الأب والأم المتلقيان للنطف والبويضات وبين المانحين لهما لما في ذلك من الآثار سيئة على الطفل الذي قد يجد لنفسه أكثر من أبٍ أو أم أحدهم استعمل خلايا غيره التناسلية لإنجابه والآخر هو صاحب هذه الخلايا ؛ فيحدث للطفل بذلك تشتتاً ما بين الأب الاجتماعي والآخر البيولوجي فهو مسجل في سجلات الميلاد باسم الأب القانوني وينتسب بيولوجي إلي أبيه صاحب النطفة فلمن منهما يدين بالفضل ويسعه بالحب ويوكله في أموره وتزيد الأمور سوءاً في حالة التبرع ببويضة مؤنثة حينما يجد الطفل نفسه في حيرة بين أمه الجينية وأمه القانونية التي حملت فيه وأنجبته وأرضعته ولتوقى تلك الأضرار والمنازعات حرصت بعض التشريعات علي الحفاظ علي سرية المتبرعين وعدم الإفشاء بها تحت أي ظرف ولأي مبرر[1] بينما أكدت أنظمة أخرى علي حق الطفل في معرفة أصله البيولوجي كوسيلة يتوقى الاختلال النفسي الواقع علي الطفل نتيجة رغبته الشديدة في معرفة أصله الوراثي فالقانون السويدي مثلاً أعطى الطفل حقا في معرفة أصله البيولوجي ولكن ذلك لا يكون متاحاً له إلا بعد أن يصل عمره إلي ١٨ سنة وذلك بأن ألزم مراكز حفظ الخلايا التناسلية بالاحتفاظ بجميع بيانات المتبرعين لمدة ٧٠ عاما علي الأقل تبدأ من تاريخ التبرع والسماح لمن يصل من الأطفال إلي السن السابقة أن يتعرفوا علي تاريخهم الوراثي وأصولهم الجينية[2].

(د) لا يجوز ممارسة الإنجاب نظير مقابل مادي للمتبرع:

فقد حظرت الأنظمة ذات الاتجاه المتحرر تقديم أي مقابل أي كانت صورته للمتبرع بالخلايا التناسلية وأفردت لمن يخالف ذلك الحظر عقوبات جنائية مشددة بالحبس والغرامة (م١٦/٦، م ١٥٢/١٢ ، ٥، م ٩١ من القانون الفرنسي، م ١٢ من القانون الإنجليزي، م ١/٥ من القانون الأسباني)

(١) المادة الخامسة من القانون الأسباني، م ٦٧٣/ ٦ من القانون الفرنسي.
(٢) م ٤ ، ٣ من القانون السويدي رقم ١١٤٠ عام ١٩٨٤.

(هـ) خضوع عمليات التبرع للمؤسسات العامة:

لإضفاء حماية وأمان علي عملية التبرع بالنطف والبويضات الإنسانية، حظرت بعض هذه التشريعات ممارسة عمليات تلقي الخلايا التناسلية وإعادة منحها للراغبين إلا من خلال المراكز الحكومية المكلفة بهذا الغرض نظراً لأنها مؤسسات تتسم بشدة مراعاة تطبيق القوانين واللوائح بالإضافة إلى أنها لا تهدف من نشاطها تحقيق الأرباح التجارية بل مجرد تقديم خدمة عامة لجمهور المرضى. (م٦٧٣ / ٥ من قانون الصحة العامة في فرنسا مضافة بالمادة ١٠ من قانون ٦٥٣ / ٩٤).

(و) حظر زيادة المواليد عن العدد المحدد من كل متبرع:

وضع بعض مشرعي أوربا حداً أقصى لعدد المواليد التي يمكن إنجابهم من عينات كل متبرع، وذلك بأن تتولى مراكز حفظ الخلايا التناسلية مراقبه ذلك عن طريق تدوين بيانات المتبرعين بشكل سري، وتدوين حالات تلقي هذه العينات بحيث لا يجوز أن يزيد عدد المواليد الناتج من جراء استعمال نطف متبرع ما عن عدد معين لا يجوز تجاوزه ويجب إهلاك بقية العينات أو استخدامها في التجارب العلمية (م٦٧٣ /٤ من القانون الفرنسي والتي حددت هذا العدد بخمسة أطفال).

(ى) ضرورة أن يكون أحد طرفي الإنجاب من الزوجين أو الصديقين:

ولقد اختص القانون الفرنسي نفسه بهذا القيد حين منع الزوجين من تلقي نطفة منوية وبويضة أنثوية ثم زرع اللاقحة في رحم الزوجة بعد تخصيب البويضة بالنطفة إذ لابد أن يشتمل الإنجاب علي خلايا أحد الزوجين التناسلية وأن يقتصر التبرع لهما أما علي نطفة وإما علي بويضة وقد يقصد القانون الفرنسي بذلك أن يقرر ضمان رابطة بيولوجية بين الطفل وبين أحد أبويه بدلا من أن يكون غريباً عنهما تماما من الناحية الجينية (م١٥٢ / ٥ من القانون الفرنسي). والغريب حقا أن القانون الفرنسي نفسه قد منح الزوجين مكنه الحصول علي بويضة أنثوية مخصبة بالفعل لإتمام الإنجاب بها رغم منعه السابق لهما عن الوصول إلى ذات النتيجة بالحصول علي الخلايا الإنسانية.

منفردة ثم إعادة تخصيبها وزرعها ونعتقد أن السبب فى ذلك هذه التفرقة تكمن في أنه في الحالات التي يصاب فيها أحد الزوجين بالعقم الدائم فأن المطلوب هنا يكون التبرع بخلية لشخص المريض لإتمام الإنجاب أما في حالة إصابة الزوجين بالعقم الدائم فأن المطلوب هنا يكون التبرع بخلايا تناسلية مذكرة ومؤنثة لإحداث الإنجاب وهذا ما منعه المشرع الفرنسي عليهما بأن سمح لهما في المقابل بالحصول علي بويضة مخصبة بالفعل بدلا من قيام الزوجين بعملية تخصيبها مما قد يسمح لهما باختيار خلايا إنسانية ذكرية وأنثوية يتميز أصحابها بصفاتهم العقلية والجسمية لإحداث الإنجاب فيها بغرض إثراء صفات المولود أو يسمح لهما باختيار جنس الجنين حيث أن المشرع الفرنسي قد حرم الرغبات السابقة لذا فإن يحاول أن يسد كل الطرق التي يمكن أن تؤدي إلى تحقيقها.

ثانيا - التشريعات المقارنة المعارضة لتبرع الغير بنطفته لمساعدة الزوجين أو الصديقين

وعلى نقيض الرأي السابق توجد أيضاً التشريعات التي قيدت ذلك التحرر بالسماح بالتبرع بالنطف المنوية دون البويضات الأنثوية المخصبة وغير المخصبة[1] وأيضا القانون السويدي الذي منع ممارسة وسيلة أطفال الأنابيب إلا في علاقة زوجية بأن تتم بخلايا الزوجين التناسلية دون قبول فكرة التبرع مطلقا وأيضاً منع التبرع بالبويضة في صورة ناقصة وكاملة خلوياً[2]. نرى أن المشرع قد أخفق عندما فرق بين النطف المنوية والبييضات الأنثوية لأن هذا التفريق لن يخدم المسألة أو يغير من المشكلة بل بالعكس سوف تصبح النتيجة واحدة فى الحالتين وهو إنجاب الطفل.

الفرع الرابع

موقف الشرائع السماوية من الاستعانة بواهب فى الإنجاب لأحد الزوجين

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من الاستعانة بواهب فى الإنجاب لأحد الزوجين:

موقف الشرع الإسلامي من التوجهات القانونية والقضائية السابقة إلى إجازة إحداث الإنجاب بخلايا غير الزوجين التناسلية أنها محرمة شرعا ؛ والسبب

(١) كالقانون الألماني في المادة الأولى فقرة أولى من القانون الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٠.
(٢) المادة الثانية فقرة ٣ من القانون السويدي رقم ١١٤٠ عام ١٩٨٤.

فى ذلك أنه لا علاقة بين صاحبة البويضة والرجل صاحب النطفة الذكرية (الواهب).

ونحن نرى أن هذه العلاقة تندرج تحت معنى الزنا ؛[1] وذلك نظرا لما تؤديه من اختلاط الأنساب وفسادها، ومع أن هذه الصورة لا تأخذ حكم الزنا من حيث وجوب الحد لعدم وجود صورة الزنا إلا أنها تستوجب العقاب لكل أفراد العلاقة.هذا بالإضافة أنها تشبه نكاح الاستبضاع الذى سبق أن تكلمنا عنه.

هذا وقد كان هو اتجاه دار الإفتاء المصرية عندما أفتت في هذا التجاوز بأن تلقيح الزوجة بماء زوجها جائز شرعا ويثبت به النسب، أما تلقيحها بماء غير زوجها فحرام ؛ لأن فيه معنى الزنا وكذلك لو أخذ مني الزوج ولقحت به بويضة امرأة أجنبية عنه ؛ وأن الإنجاب في الأنابيب بماء زوجها وأعيد إلى رحمها فلا مانع له[2].

الولد الذى يجيء ثمرة لهذا الإنجاب لا يثبت نسبه إلى الزوج صاحب الفراش ؛ لفقدان شرط من شروط ثبوت النسب وهو كون النطفة منه، وإذا كان الإسلام قد حرم هذا تماما فمن الأولى تلقيح بويضة المرأة بنطفة واهب يعد دون شك أفظع جرماً وأشد نكراً من التبني[3]. فهذا الأخير يقتصر الأمر فيه علي أن ينسب الإنسان ولداً يعرف أنه ابن غيره إلى نفسه فالولد المتبنى إذن نتاج ماء أبيه ألحقه رجل آخر بأسرته، وهو يعلم تماما أنه ليس منه ليصبح بذلك أحد أفراد هذه الأسرة زوراً وبهتاناً وله ما للأبناء من أحكام.

فعن أبي هريرة- رضي الله عنه- أنه سمع رسول الله – ﷺ – يقول حين نزلت آية الملاعنة بين الزوجين "أيما امرأة أدخلت علي قوم رجلا ليس منهم فليست من الله في شئ، ولا يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر

---

(١) لمزيد من الإيضاح راجع ص ١٤ من ذات الكتاب.

(٢) مجموعة الفتاوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية، الجزء التاسع، الفتوى رقم ٣٢٢٠، وأنظر قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٣) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ١٠٤، - د/ عطا السنباطى بنوك النطف والاجنة – بنوك النطف والاجنة- ١٤٢١ – ٢٠٠١م دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ص ٢٣٣، ٢٣٤.

إليه احتجب الله منه وفضحه علي رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة"[1] فإذا كان التبني بهذا المعنى جريمة فإن الإنجاب بمنى غير الزوج يعد بالمقارنة مع التبني جريمتين وليس واحدة، إذ يتماثل مع التبني من حيث أن الرجل في كلاهما ينسب إليه ولداً يعلم أنه ليس أبيه ويزيد عليه التقاؤه مع الزنا في إطار واحد، لما يؤدي إليه من إدخال ماء رجل أجنبي في حرث امرأة غريبة عليه.

ثانيا: موقف الديانة المسيحية واليهودية من الاستعانة بالواهب في الإنجاب لأحد الزوجين:

تؤيد الديانتان المسيحية واليهودية ما ذهب إليه الشرع الإسلامي من أن تلقيح الزوجة بمني غريب عنها غير مشروع طبقا للديانة المسيحية؛ حيث يعتبر ذلك حرقا للعهد المشترك بين الزوجين ويؤدي إلى حرمان الابن من الأمومة أو الأبوة وطبقا للديانة اليهودية؛ حيث يؤدي إلى ميلاد طفل خارج نطاق العلاقة الزوجية مما يفقده نسبه، فضلاً عن أنه قد يؤدي إلى ارتكاب جريمة زنا المحارم[2].

وقد كان هذا هو اتجاه دار الإفتاء المصرية عندما أفتت في هذا التجاوز بأن تلقيح الزوجة بماء زوجها جائز شرعا ويثبت به النسب، أما تلقيحها بماء غير زوجها فحرام؛ لأن فيه معنى الزنا وكذلك لو أخذ مني الزوج ولقحت به بويضة مرأة أجنبية عنه وأن الإنجاب في الأنابيب بماء زوجها وأعيد إلى رحمها فلا مانع له[3].

الفرع الخامس

موقف المشرع المصري من الاستعانة بالواهب في الإنجاب لأحد الزوجين

لا يعترف القانون المصري لمثل هذه الوسيلة محل البحث لأن ذلك يعتبر في حكم الزنا المنهي عنه في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة. ولذلك يقتصر الطلب في اللجوء لوسائل الإنجاب الصناعي على المتزوجين فقط دون تدخل

---

(١) سنن أبو داود ج٢، دار الحديث، ١٩٨٨، ص ٢٨٧، الجامع الصغير، للسيوطي، الجزء الأول، ص ١١٨.

(٢) Tinck, L Mond 4, avril 1987, P.12

(٣) مجموعة الفتاوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية، الجزء التاسع، الفتوى رقم ٣٢٢٠، وأنظر قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص ١٤٢.

الغير فإذا ما تدخل هذا الأخير (الغير) في وسيلة الإنجاب – كان متبرعاً أو معطياً منيه أو ببيضتها – عد ذلك أمر غير مشروع لمخالفته الشريعة الإسلامية وللنظام العام والآداب العامة في مصر. ومن ثم يقتصر الطلب للإنجاب الصناعي علي الأزواج حال حياتهم.

تقييم الباحثة:

بعد أن إستعرضنا الاتجاهات السابقة بين مؤيد ومعارض من عملية الاستعانة بنطفة متبرع بدل من أحد الزوجين للإجراء عملية الإنجاب والتى استهدفت مساعدة الأزواج العقيمين فى إنجاب الولد فإنه إزاء الصعوبات التى واجهها الفقه القانوني بهذا الشأن وخاصة مصالح الطفل الناتج جراء هذه العملية وعندئذ يمكن القول بأن جوهر حماية الطفل يكمن فى الاستئثار بالحظر والمنع من تطبيق هذه العملية.

حتى ولو كان الغرض من تحقيق مصلحة تتمثل فى إنجاب الولد للزوجين العقيمين ويمتد أيضا ليحتج به في مواجهة الواهب نفسه القائم بالتبرع حماية لنسبه الذى يتنازل عنه لغيره سواء أن كان بمقابل أو بالتبرع ولحقه في المحافظة على نطفه المنوية وحظر التصرف بها ، ويمتد مبدأ الحرمة ليثبت أيضا فى تحريم دخول ماء غير الزوج فى رحم زوجته وهو ما يستوجب احترام بضائع المرأة وعدم إمتهانها أو إنتهاك حرمتها وإذا كان للإنسان أن يتصرف بنطفه فإن هذا الحق يتقيد بقيود مصدرها القانون والدين والأخلاق.

إلى من سينسب هذا الطفل الناتج من جراء هذه العملية المهينة هذا إذا كان الواهب أو المتبرع معروفا أما إذا كان هذا الأخير مجهولا. هل سيطبق على الطفل احكام اللقيط وستتولد هناك مشاكل عديدة أغفلها المجيزون للتبرع بالنطف الآدمية ونرى أن البلاد الغربية هي أول من نادت بمثل هذه الطريقة فى رأى يرجع هذا إلى تطبيق قوانينها لنظام التبني والاعتراف به فعندما يلجا الزوج إلى تلقيح زوجته أو صديقته بمنى رجل آخر وبعدها يعترف بوالديه هذا الولد المتولد من نسب غيره نرى أنه هناك بعض أوجه الشبه فى نظام التبني من حيث أنها تتفق فى موافقة الزوج على تسجيل طفل يحمل اسمه كالتبني وتختلف عنه

فى التبرع بالنطفة التى يتوافر فيها مبد اعدم احترام المائيين الناتج منه الطفل بعكس التبني الذى يمكن فيه أن يكون الطفل من أبوين بيولوجيين.

نحن نؤيد القضاء الفرنسي لعدم اعتداده بإقرار الزوج أو بموافقته لتخصيب زوجته بواسطة واهب بنطفته الذكرية فهذا الإقرار ليس له قيمة قانونية باعتبار أن هذا الأب ليس الأب البيولوجي لهذا الطفل هذا بالاضافةإلى أنه يبطل كل اتفاق علي ذلك بموجب- المادة ٣١٣ م فرنسي - بما يؤكد بطلان الاتفاق السابق ونرى فى هذا أن الأخذ بعدم الاعتبار بإقرار الزوج بالموافقة شبيه بموقف رأى صاحبة الرحم البديل وعدم الأخذ به عندما أقرت بالموافقة على تأجير أو التبرع برحمها لحساب الغير. ألا تشاركني الرأي فى أن هناك أوجه تشابه بين موقف تبرع الرجل بنطفته المنوية وتبرع المرأة برحمها لمساعدة الأزواج العقيمن.

وهناك سؤال يدر فى ذهني ماذا لو تراجع صاحب النطفة المنوية المتمثل فى صورة الواهب عن قراره بالتبرع بنطفته للزوجين بعد تخصيب الزوجة وإنجاب الولد بحجة أن هذا الولد من صلبه.

هل يحق له استرداد نسب الطفل باعتباره الأب البيولوجي له أم أنه ليس من حقة نسب الطفل إليه على أساس موافقته السابقة بالتنازل عنه ضمنا بالتبرع للغير أم أن الولد سينسب للزوجة باعتباره ابن زنا؟

للإجابة من وجهة نظري على السؤال السابق للأنظمة التى أباحت مثل هذا الصنيع : نرى أنه يحق للأب البيولوجي (الواهب- المتبرع) أن يسترد الولد ؛ لأن موافقته على التبرع بمنيه للغير لا يعترف بها قانونا حيث أنه لا يجوز التصرف فى النطف الآدميه أو التنازل عنها لعدم اعتبارها من الأشياء هذا بالإضافة إلى أن هذه المسألة تخضع للنظام والآداب العامة مع العلم بأنه يحق للأب بالولاية الرجوع على الأب البيولوجي بالتعويض من خلال المطالبة القضائية عما تكبده من معاناه ومصاريف على الطفل.

وخلاصة القول نؤيد الرأي المنوط بأن هذه الصورة محرمة شرعا ؛ وذلك لأن منى الزوج غير محترم هنا – سواء في حال الإنزال أو في حال الإدخال – وبالتالي لا يثبت النسب منه للزوج.

وانطلاقا مما سبق تبين لنا أن الماء وقت إنزاله أنما قصد به تخصيب بيضة جنبية وهذا ممنوع وغير جائز. وبالتالي يكون المني غير محترم شرعا وكذلك البيضة ولا يثبت النسب يهما لأصحابها البيولوجيين لعدم احترامها؛ لأنه إذا كان الفقهاء كما سبق نصوا علي: عدم لحوق النسب إذا كان المني وقت الإنزال غير محترم؛ كما إنه إذا كان بسبب الزنا وأن كان وقت الإستدخال محترم لقيام علاقة الزوجية حينئذ فمن الأحرى في هذه الصورة ويكون حكمها التحريم وعدم ثبوت النسب من الواهب صاحب المني غير المحترم. وكذلك الزوج أيضاً وإنما يثبت النسب في هذه الحالة للأم التي حملت ووضعت فقط كابن الزنا.

المطلب الثالث

حكم تلقيح إمرأة اجنبية بمنى رجل أجنبى خارجيا ثم زراعته. فى رحم امرأة اجنبية

المقصود هنا أن نطفة الرجل ونطفة لإمرأة لا تربطهما علاقة زوجية، ويتم تلقيحهما، وبعد ذلك يعاد زرع البييضة المخصبة فى رحم امرأة أخرى (رحم مستأجر).

فى الغالب تتم هذه الصورة المستخدمة فى بنوك النطف والأجنة؛ لأنها تفترض وجود عدة عناصر أجنبية عن بعضهما هم صاحب النطفة الذكرية وصاحبة النطفة المؤنثة وصاحبة الرحم. والفرض هنا أن المرأة راغبة الإنجاب قد يكون معلوم لها أصحاب النطف أو مجهولون.

أ- حكم هذه الصورة:

نحن نرى أن الرد على هذا الحكم فى قول الله تعالى " أم جعلوا لله شركاء خلقوا كخلقه فتشابه الخلق عليهم قل الله خالق كل شىء"[(١)].

هذا الأسلوب حكمه التحريم وعدم الجواز؛ لأنها تتكون من ثلاثة أطراف لا يوجد علاقة مشروعة بينهم؛ إذ أن صاحب النطفة الذكرية أجنبى وصاحبة النطفة الأنثوية أجنبية وكذلك صاحبة الرحم، التى يطلق عليها احيانا

(١) سورة الرعد الاية ١٦

بصاحبة الرحم الجماعي[1]، وغالبا ما تتم هذه الصورة بشراء الجنين مجمدا من مراكز أو بنوك الأجنة ثم زرعه في رحم من قامت بشرائه. وأحيانا يتم الشراء لحساب زوجين عقيمين وفى هذه الحالة تقوم بالحمل امرأة مانحة أو متبرعة برحمها، وفى الدول التى تمارس مثل هذه الوسائل تسمح للزوجين العقيمين بتبني المولود.

ومن منطلق ما سبق نرى أنه إذا كان نظام التبني محرم فمن باب أدعى تكون هذه الصورة محرمة أيضاً.

وسوف افترض أن هناك طفلا نتج من هذه العملية لا قدر الله ارى ان حكم النسب له سيكون للام التى ولدته اى كطفل الزنى تماما كما أود ان أضيف مسمى على هذه العمليه وهو زنى النطف لان الزنى فى معناه وليس فى وصفه هذا وقد جاء فى صورة مراتب إبتداءا بزنى العيون وانتهاءا بزنى الفروج والعياذ بالله وأضيف اليوم بأن بينهما زنى النطف.

ولتوضيح نظام التبنى الذى يمنح للعقيمين ولقرب الشبه بينه وبين صورة الإنجاب بالطريقة سالفة الذكر سوف نقوم بعرض موجز له وذلك من خلال نظم الشريعة الاسلاميه ثم القوانين المقارنة.

لا شك من أن الزوج الذى يتبنى المولود بالطريقة السابقة المحرمة لا يكون ابنا له شرعا بل يكون مقطوعا بنفيه لأن النطفة تكون من رجل أخر، وبهذا يكون اشد نكرا من التبني بمعنى أنه يثبت الإنسان لنفسه ولدا يعرف قطعا أنه ابن غيره لأنه مع هذا المعنى قد يلتقي مع معنى الزنا، والزوج الذى يقبل أن تحمل زوجته نطفة غيره سواء بالزنا الفعلي أو بما فى معناه كهذا الإنجاب رجل سماه الإسلام ديوثا هذا والتبني.على أى صوره قد حرمه القرآن في محكم آياته ولقول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾[2].

(١) وأول من طبق عليها هذا النوع أنجيلا الايطالية والتى حملت بجنينين كل منهما من اب وام مختلفين فى نفس الوقت يتم التمييز بينهما عند الميلاد بتحليل الدم، وعندما هاجمها البعض قالت: هذا شيء جميل لأننى اساعد من لا يستطيع الإنجاب.

(٢) سورة الاحزاب الأيه ٤

وقوله تعالى: [ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً][1].

ب - رأى القانون الفرنسي فى نظام التبني الممنوح للزوجين:

- شجعت القوانين الفرنسية نظام التبني للمتزوجين حيث أنها وضعت لهما شروطا لهذا النظام.

- ظهرت هناك حركة تنادى بتحرير المرأة وضرورة الاعتراف لها بالمساواه مع المرأة غير المتزوجة ليس فقط فى إمكانية أن يكون لديها طفل، ولكن فى أن تتبنى طفلا أن أرادت.

- فى الوقت الذى أصبحت الأصوات تنادى بضرورة عما إذا كان الفقه الفرنسي يعد اعتراف المرأة بحقها فى الأمومة مع التسليم بأن فكرة الأسرة لم تعد تنحصر فى الفكرة التقليدية المتمثلة فى الرابطة الزوجية بل تتجه إلى العودة إلى الأسرة الأمومية ورغم انتشار عيوب نظام التبني وكونه أصبح يأخذ شكل تجاريا باتت الأصوات تنادى بمنع تجارة الأطفال المتبنين[2].

وجدير بالذكر نود الإشارة إلى أن هناك خلطا عند بعض الأشخاص بين ثبوت النسب بواسطة الإقرار والتبني المعروف في البلاد الغربية، وغير التبني الذي يدعو اليه البعض هنا تفريجا لازمة اللقطاء كما يقولون،كما أن النسب الذي يقره القانون الفرنسي مثلا فهو عقد ينشئ بين شخصين علاقات صورية ومدنيه محضة لأبوة وبنوه مفترضة، ولذلك يكون له أبوان معروفان، فهو يماثل ما كان عند العرب في الجاهلية وقضي عليه الإسلام، فقد جاء في القرآن بصدد هؤلاء الأبناء قوله تعالي (وما جعل أدعياءكم أبناءكم) (أدعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله)[3] وإذا فهذا التبني لا يعترف به الإسلام ولا يثبت أبوة ولا بنوة ولا اية علاقة

---

(١) سورة الاحزاب الأيه ٥

(٢) د/ على حسين نجيدة ص ١٧، ٢٩المرجع السابق، د/ اسامة عبد الله فايد المرجع السابق ص٣٢٤، ٣٢٥.

(٣) سورة الاحزاب من ايتي رقم (٤، ٦)

شرعية أخري بين الرجل المتبني، والولد المتبني وأما الطفل اللقيط فقد عني الفقه الإسلامي بتحديد مركزة وبيان أحكامه، ومن هذا الأحكام أنه إذا ادعاه واحد من الناس ثبت نسبه منه ؛ لأن ذلك في مصلحته وهذا ليس معناه ثبوت النسب لكل من يدعي واحد من هؤلاء اللقطاء، بل لا بد من توافر الشروط التي عرفتاها فيما سبق.

فى الوقت الذى انتشر فيه الاتجار بالأطفال فى مصر وبيعهم فى الخارج[1] وذلك لماذا؟ هل هناك غياب للعقل أم رجع بنا الزمن إلى عصر ما وراء الجاهلية أى عصر تجارة الرقيق الأبيض فى سوق عكاظ؟

لذلك لم يغفل المشرع المصرى قانون الطفل، ووضع المواد المشددة، حيث أنه جعل فى جريمة الإتجار بالأطفال السجن والغرامة المشددة كحد أدنى عشرون ألف جنية واقصى وخمسون الف جنيه، وجدير بالذكر بموجب قانون الطفل إذا كان أكثر من فرد تضاعفت العقوبة[2]، وهذا ما يقوله البعض.

[3]أين ضمير الطبيب ونحن نرى أن النظم الأخلاقية باتت تتغير، وذلك على المستوى الفكري والاجتماعي والاقتصادى، وأن لبعض الأغنياء ورجال الأعمال مآرب فى تجارة الأطفال وهم المستفيدون منها ولا عزاء للفقراء.

وتبادر إلى ذهني سؤال طرحه[4] أحد علمائنا الأجلاء: أين نحن من خريطة العالم؟ أعتقد أن الإجابة على سيادته وضحت من خلال الفقرات

---

(١) كشفت هذه العمليات عن طريق بلاغ من السفارة الامريكية ببيع الاطفال حديثى الولاده واولاد السفاح بين مصر وامريكا.

(٢) د/ مشيرة خطاب وزيرة التعاون الدولى.

(٣) جاء فى برنامج المساء قناة دريم الفضائية - يوم ٢٠٠٩/١/١٢ وكأن ضيوف الحلقة د/ سعيد المغربى والاستاذ مجدى الجلاد رئيس تحرير جريدة المصرى اليوم مقابلة موضوعها سماسرة الاطفال أصدر النائب العام قرار احالة ٤٠ متهم إلى الجنايات، وقال د/ سعيد المغربى رئيس الادارة المركزية للجهات الغير حكومية اغلقت مستشفيات عن طريق وزارة الصحة حوالى ١٢٥٨ عام ٢٠٠٧، ٦٥٠ عام ٢٠٠٨ كأن يتم فيها إجهاض وعمليات قيصرية وكانت تتم الثقفة قبل الولادة مباشرة أثناء حمل الام ومنهم مستشفى الأندلس بالقاهرة على جسر السويس

(٤) الدكتور احمد زويل أثناء إلقاؤه محاضرة فى الرياض

السابقة[١].

مما سبق يتضح لنا أن العلة فى تحريم التبني دليل على اعتبار الشريعة الإسلامية للأب والأم البيولوجيين طالما تم ذلك فى إطار التنظيم الذى وضعته الشريعة الأسلاميه وعدم اعتبارها للتبني لمخالفته للحقيقة والعدالة، خلافا لما ذهبت اليه بعض القوانين فى الدول الأوربية[٢].

ج ـ ماذا يحدث لو: ظهر أحد أبوي اللقيط[٣] ولا سيما أن الشخص المتبنى أخذ هذا الطفل بالطرق القانونية والقنوات الشرعية لتبنى هذا اللقيط؟

للإجابة على هذا السؤال نقترح على المشرع ضرورة طلب تشريعي يحدد فيه حدود العلاقة بين اللقيط ومن يتبناه من حيث إمكانية إسترداه لأحد والديه. ولحل هذه المشكلة لا بد من أنه يحدد فيه فترة زمنية معلومة بعد التبني ولتكن سبع سنوات. بعدها لا يحق استرداد أحد الأبوين للطفل إلا بعد موافقة صريحة من المتبنى والطفل اللقيط هذا من الناحية الزمنية، أما من الناحية المالية يحق للشخص المتبنى الرجوع على أحد والديه بما أنفقه على اللقيط خلال هذه المدة السابقة عن ظهورهم.

وقد اعتبرا مجمع الفقه الاسلامى المنعقد بمكة المكرمة في دورته السابعة هذه الحالة محرمة حيث جاء فى قرار المجمع الأسلوب الخامس " أن يجرى تلقيح خارجي فى أنبوب اختبارين نطفة رجل وبييضة امرأة ليست زوجة له يسمونهم متبرعين، ثم تزرع اللقيحة فى رحم امرأة أخرى متزوجة. ويلجآن إلى ذلك حينما تكون المرأة الزوجة التى زرعت اللقيحة فيها عقيما بسبب تعطل مبيضها. لكن رحمها سليم وزوجها أيضاً عقيم. ويريدان ولدا فحكم هذه الحالة التحريم. لأن البذرتين الذكرية والأنثوية فيها ليست من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل هى أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين[٤].

---

(١) د/ احمد زويل –الرياض محاضرات علمية –موضوعها غياب الحرية سبب تخلف الامة العربية – العدد ١٣١ /١٦ يناير ٢٠٠٨ مجلة روتانا

(٢) كما الحال فى فرنسا: اباحت قوانينها التبنىوخاصة للمتزوجين

(٣) فعيل بمعنى مفعول والتقطه كذلك، ومن هنا قيل التقطت الشيء: جمعته ولقطت العلم من الكتب لقطا، واللقيط هو: الطفل غير البالغ الذى يوجد فى الشارع أو ضال الطريق ولا يعرف نسبه.

(٤) قرارات مجلس المجمع الفقهى الاسلامى فى دورته السابعة منشور ضمن مؤتمر الإنجاب فى ضوء الاسلام – ص ٤٨٠ ٤٧٩ ومرجع السابق.

المطلب الرابع
الإنجاب الصناعي بين الزوجين بهدف تحديد نوع الجنين
(فسيولوجيا تحديد نوع الجنين)

لاشك من أن هناك بعض العمليات التي تصاحب التعامل على الرحم، وذلك في الفترة التي يتم بها التخصيب حيث أمكن للأطباء المتخصصين إمكانية السيطرة والتحكم على نوع الجنين وذلك من خلال فصل الحيوانات المنوية عن البويضات. وهذا الإختيار يتم وفقاً لصاحب الشأن إن كان يريد ذكرا أو أنثى ويقومون بحقنها فى المكان المناسب من الجهاز التناسلي لصاحبة الرحم الحامل للنطف[١].

١ـ موقف الشريعة الإسلامية من الإنجاب الصناعي بين الزوجين أو(وصاحبة الرحم المستاجر) بهدف تحديد نوع الجنين[٢].

أـ أراء المؤيدين لهذه التقنية

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنها تقنية مرغوبة لسد النقص فى عدد الذكور خاصة فى حالات الحروب عندما يتم حصد عشرات الآلاف منهم فيجب تعويض هؤلاء القتلى باختيار الجنس الذكرى.

ويرى أصحاب هذا الرأي أن هذه التقنية تؤدى إلى حماية الأسر من التفكك نتيجة للتهديد بالطلاق بسبب إنجاب الإناث فقط، ما يكون له أثر واضح فى الوقاية من شيوع تعدد الزوجات

---

(١) أحمد الجابرى – بحث مقدم الى ندوة الضوابط الاخلاقية فى تطبيق تقنية الاخصاب الطبى المساعد فى علاج العقم بجامعة الازهر سنة١٩٩٧ تقرير للدكتور: سيد عزب عن الانجاب الصناعى مقدم فى ندوة الاساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائى بجامعة القاهرة سنة ١٩٩٣. ص١٢٩. - أحد أساتذة الطب المتخصصين: طفل الانبوب والانجاب الصناعى ص ٧٠ وما يليها.
- المرجع السابق – نفس الصفحة - مجلة طبيبك – العدد ٣٣٧ مايو ١٩٨٦ –ص ٨٦ – اضرار الحمل التكنولوجي

(٢) ومؤخراهناك رأى اخرمؤيد حيث جاء فى برنامج تلفزيونى يدعى البيت بيتك " بتاريخ ٢٩- ٣- ٢٠٠٨ ووجه مذيع البرنامج سؤال عبر الهاتف إلى الدكتور عبد الفتاح الشيخ عضو مجمع البحوث الإسلامية

كما يرون أن هذه التقنية تؤدى إلى تحقيق التوازن العائلي بين عدد الذكور والإناث فى تلك الأسر وأخيرا تمكن هذه التقنية من الوقاية من الأمراض التى يتعلق انتشارها بأحد الجنسين دون الآخر[١].

ويرى بعضا من الفقهاء[٢] أنه يجوز تحديد نوع الجنين ولكن إباحته مرهونة بشروط هي:

- أن تكون هناك ضرورة مثل انتقال العيوب الوراثية.
- ألا يكون هذا مطبقا بصفه عامة على مجتمع مسلم.
- يشترط فى الإنجاب توافر وسائل الأمان وضمانة عدم اختلاط الحيوانات المنوية.
- أن يتم هذا الإنجاب حال حياة الزوج.

ب ـ أراء المعارضين لهذه التقنية

يعارض المانعون لتحديد وأختيار نوع الجنين قبل تكونه[٣] ؛ لأن ذلك يؤدى إلى الاختلال بين النوعين وذلك لأن النفس البشرية غالبا ما تميل إلى الذكور حتى يحمل اسم العائلة أو لأسباب أخرى مثل الميراث ...... وغالبا ما يحدث ذلك فى دول العالم الثالث. فلو سلمنا جدلا وتركنا اختيار النوع للرغبة سوف يؤدى ذلك إلى اختلال التوازن الكمي بين الجنسين مما يؤدى إلى تأخر سن الزواج وشيوع الأستمتاع الجنسي الغير شرعي لعدم كفاية عدد النساء للزواج بل وقد يشترك أكثر من رجل فى الزواج بنفس المرأة.

---

(١) راجع: د/هشام سليمان ابو عودة، اختيار جنس الجنيين (ولد ام بنت) مجلة العربى الكويت ١٩٩٦م ص٤٥٠ – د/ايمن ابو الروس مولودة كالجديد ولد ام بنت الطبعة الاولى مكتبة ابن سينا القاهرة ١٩٨٨ م ص ٢٥ – د/ كارم غنيم المرجع السابق ص ٢٨٧، ٢٨٨.

(٢) ومؤخراهناك رأى اخرمؤيد حيث جاء فى برنامج تلفزيوني يدعى البيت بيتك " بتاريخ ٢٩- ٣- ٢٠٠٨ ووجه مذيع البرنامج سؤال عبر الهاتف إلى الدكتور عبد الفتاح الشيخ عضو مجمع البحوث الإسلامية.

(٣) انظر بالتفصيل الدكتور يوسف القرضاوى – الدكتور حسن حتحوت – الدكتور ماهر حتحوت - الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة – ندرة الانجاب فى دول الاسلام

سوف تؤدى بنا هذه التقنية إلى انهيار القيم الأخلاقية لأنها سوف تحول المولود إلى مجرد سلعة من نوعين يختار الناس منها ما يريد وطبعا ستكون سلعة الذكور.

ستكون الأنثى فى مرتبة متدنية ومكانة متواضعة بما لا يتفق تماما مع الشرع الاسلامى الذي كرم تكريما عظيما للمرأة فرفع من شأنها وأحترم أدميتها[1]، ومثال على ذلك قد حرم الله وأد البنات وقضى على الجاهلية من العقائد الباطلة إذ يقول الله تعالى: [وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ (٨) بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ][2].

يرى البعض [3]أنه إذا كان الإنجاب بماء الزوج القصد منه أختيار نوع الجنين فإن هذا السلوك لا تطمئن النفس إليه. إلا إنه رغم ذلك قد يباح عند الحاجة التى تنزل منزلة الضرورة كان تكون المرأة مهددة بالطلاق من زوجها لعدم إنجابها الولد.

كما بشر رسول الله - ﷺ - الذين يرزقون إناثا بالخير والثواب العظيم ونهى عن مجرد كراهية الإناث.

ج- رأى الباحثة:

نرى من جانبنا أن الرأي الراجح هو الرأي المعارض لهذه التقنية. وذلك لأنه يمتلك من صدق الحجة، فاختيار نوع الجنين يمثل اعتراضا على المشيئة الإلهية. فعلى فرض إمكانية تحقيق تحديد نوع الجنين فإن الرغبة سوف تميل إلى إنجاب الذكور مما يؤدى إلى اختلال التوازن بين النوعين، إذ يقول القرطبى فى تفسير قوله تعالى: [لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ❖ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَاناً وَإِنَاثاً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ][4].

---

(١) دكتور الشحات ابراهيم محمد، التحكم فى جنس المولود فى ميزأن الشريعة الإسلامية، دار النهضه العربية، القاهرة، (بدون تاريخ نشر) ص ٤٨.
(٢) سورة التكوير، الاية ٨، ٩
(٣) د/ يوسف القرضاوى فتاوى معاصره ج١ ص٥٦٣ نشر دار القلم بالقاهرة ط٧ ١٤١٨ ١٩٩٨م د/ احمد الجابرى المرجع السابق.
(٤) سورة الشورى ٤٩- ٥٠.

[وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ وَاخْتِلافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ][1]

تدل هذه الآية الكريمة على أن التمايز لالتفضيل جنس على أخر من كمال الخلق وإن حتمية التباين فى النوع مسألة يستند عليها البقاء والعمران الاجتماعيين.

نرى أن الحكمة من مشروعية الإخصاب الصناعي بين الزوجين ترجع إلى تحقيق الغرض العلاجى من حدوث خلل فى وظيفة من وظائف الأعضاء التناسلية من إحدى الزوجين وبناءعليه فلا يجوز شرعا الأستعانة بطريقة الإخصاب الصناعي ؛ لتحقيق الرغبات الإنسانية الجامحة كإختيار نوع الجنين.

ومما لا شك فيه أن سر الحياة يكمن فى إختلاف الجنس البشرى وليس فى تماثل الجنس البشرى. فقد ميز الله - عز شأنه - الإنسان بصفة التفرد وجعل التباين بين نوع البشر ضمانا لإحتياجهم بعضهم لبعض وضمانا لبقاء الجنس البشرى.

إن الإدعاء بأن التحكم فى تحديد نوع الجنين سوف يؤدى بنا إلى عدم إنتشارمرض معين وراثى أو إلى عدم وجود تفكك أسرى، فى رأيى هذا الادعاء يتنافى ويتعارض مع أدنى مقتضيات العقل والمنطق.

أما بالنسبة إلى الرأى القائل بأن اختيار نوع الجنين يباح ؛ لأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة رغم أن النفس لا تطمئن إلى ذلك فنحن لا نوافقه الرأى لأن الحاجة هنا ليست معيارا للضرورة هذا بالاضافة إلى أنه المبرر الذى اعتمد عليه أصحاب هذا الرأى غير صحيح لأن الجين هو الذى يحدد نوع الجنين فلا عبره بخوف المرأة من أن يطلقها زوجها إذ يقول الله تعالى: [وَرَبُّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَيَخْتَارُ مَا كَانَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ سُبْحَانَ اللَّهِ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ][2]

أنا لست ضد التطور العلمى طالما أن هناك معيارا لمصلحة البشرية. فهل يضمن لنا أنصارهذه الرغبة الجامحة لأختيار أوتحديد نوع الجنين نفع ورخاء البشرية ، وأحترام قاعدة سد الزرائع.

---

(١) سورة الروم الاية ٢٢
(٢) سورة القصص ٦٨

المشكلة هنا تنحصر من وجهة نظرى إلى أن البعض من هؤلاء العلماء لا يضعون حدودا لهذه الابتكارات أو الاكتشافات حيث أنه ليس المهم الاكتشاف فى حد ذاته ولكن المهم على من سيطبق وما الفائدة المرجوة من تطبيقه.

وهنا تبادر إلى ذهنى مقالاً فى جريدة الاخبار بعنوان (جنين نصف انسان ونصف حيوان)، وهو اخر تقاليع العلم لعلاج البشرية. وهو عبارة عن جنين مهجن نصف أنسان ونصف بقرة. والهدف كما يؤكد العلماء ليس إنتاج وحش. وأنما الحصول على خلايا جذعية لعلاج أمراض بشرية. ويبرر العلماء الخليط الغريب بين الإنسان والحيوان كما جاء فى التحقيق الذى نشرته مجلة "سيانس ايه فى" الفرنسية بأنه خطوة مهمة لدراسة التكون الجينى للأمراض العصبية مثل الشلل الرعاش والزهايمر والتى لم يتوصل الطب لعلاج لها حتى الأن. ولتحقيق هذا الأمل تولدت فكرة المشروع الغريب ١/٢ أنسان و١/٢ حيوان لتكوين الآف الآجنة المهجنة ويتم الحصول عليها من مبايض البقر والماعز التى يتم ذبحها. وعملا بنظام الاستنساخ يتم نزع نواة بويضة الحيوان. ووضع نواة الخلية البشرية. ثم استثارتها لتبدأ فى الأنقسام وبعد ٦ أيام تؤخذ الخلايا الجذعية لأنتاج سلالات منها. ويؤكد العلماء أن الجين الذى يتم تلقيحة لا يستطيع أن ينمو داخل الأنابيب اكثر من ١٤ يوما أما زراعته داخل الرحم فيعد ضربا من الخيال. وفرصة نجاحه تكاد تكون منعدمة، ويعارض بعض العلماء هذا الاتجاة الجديد خشية حدوث خلط فى السلالات. ولكن المؤيدين للموضوع يؤكدون أنه بنزع النواة من الخلية لا يتبقى اى أثر للصفات الوراثية للحيوان. هذا المشروع الذى ينتظر إشارة البدء من اللجنة المستقلة لأبحاث الأجنة فى أنجلترا التى تدرس فكرته منذ شهور سيكون عند الموافقة عليه أول مشروع بحثى لتكوين جنين يحمل صفات وراثية مشتركة بين الإنسان والحيوان[١].

نحن نرى أن تحديد نوع الجنين سوف يرمى بنا إلى الوراء. لأنه سوف يحول الجنين إلى تركيبه يمكن التحكم فيها. وهذا سوف يؤدى إلى اختلال التوازن الكمى بين النوعين. وبالطبع سيكون الميل إلى جنس الذكور، نقترح على المتخصصين من أهل العلم بدلا أن يجتهد فى وضع حلول ومعالجات تثير الشك

---

(١) جريدة اخبار اليوم – السبت- من المحرم – ١٤٢٩ ١٩ من يناير ٢٠٠٨ م.

والجدل نقترح عليهم البحث فى طرق لعلاج الآجنة التى تحمل صفات وراثية معيبه حتى ولو لجأ الزوجان للتلقيح الصناعى الخارجى أفضل لهما من تحديد نوع الجنين, وتتم هذه الطريقة فى مجال الإخصاب العملى الفحص الوراثى للاجنة وهى احدث التقنيات بطريقة تعتمد على أخذ خلية من خلايا الجنين فى اليوم الثالث بعد الحقن وتحليلها وراثيا لتحديد الأمرض الوراثية بالجنين ومعرفة جنسه, لاستبعاد الآجنة التى تحمل بعض الأمراض الوراثية وأنتقاء الأفضل لزرعها بالرحم.

وأخيراً نرى أن فى مسألة تحديد نوع الجنين تطاولا على الذات الالهيه, وخطرا على موازين حياة الإنسان, فلذلك يجب أن تقتصر هذه العمليات على أنواع النباتات أو الحيوانات.

٢ـ معطيات الاعجاز الطبى لعملية تحديد نوع الجنين مأخوذة من القرآن الكريم وليس ابتكار بشرياً أو علمياً:

لو تأملنا قول الله تعالى [مِنْ نُطْفَةٍ خَلَقَهُ فَقَدَّرَهُ] نجد أن التقدير جاء بعد الخلق مباشرة والإعجازالطبى هنا يتبلورمن خلال أنقسام خلايا جسم الإنسان تباعا أثناء النمو فنطفة الأمشاج ينقسم كل منها اختزاليا ؛ ليتكون من كل منها نصف عدد الكروموسومات فى الخلية الجسدية العادية بحيث تنتج النطفة الذكرية ٥٠ ٪ من الصفات الوراثية للأب والنطفة الأنثوية ٥٠ ٪ من صفات الأم وبالتحام الماءين تتكون اللاقحة جامعة بين صفات الابوين معا ويقدر الله لهذه اللاقحة إما ذكر أو أنثى.

وتأكيداً على معرفة المسئول عن تحديد نوع الجنين من خلال آيات الله " فجعلنا منه الزوجين الذكر والأنثى ", مدلول هذه الاية يعتبر إعجازا قرآنيا ونصرا طبيا, يستدل منه أن النطفة الذكرية هى المحددة لنوع الجنين فى اللاقحة البشرية (نطفة الأمشاج) وليست الأنثى, وهذا تبين من قول الله تعالى فجعلنا منه ولم يقل فجعل منها ، وهذا لا يعنى أن الرجل غيرمسئول عن تكوين الأنثى, بل أنه يشترك مع المرأة فى تكوين الأنثى أنما لا يمكن أن تكون مسئولة عن ذكورة اللاقحة رغم أنها تسهم فيها بأمشاجها ؛ ذلك لأن كروموسومات الذكر (X. Y) ولكن كروموسومات الأنثى (X. X) فأن الصبغى (Y) يوجد فى الذكر ولا يوجد فى الأنثى.

وانطلاقا من هذه الحقائق يتبين لنا أن معرفة تقنية محاولة اختيار نوع الجنين المرغوب فيه التى وصل اليها أطباء الغرب جاءت من معرفتهم لمن هو المسئول عن أنتاج الذكر من خلال ايات الله الحكيمة.

وهذه الآيات الكريم الدالة على حكمة الله عز وجل فى خلقه لقول الله تعالى: [وَمِنَ النَّاسِ وَالدَّوَابِّ وَالأَنْعَامِ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ كَذَلِكَ إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ](1)

وقال الله تعالى: [اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفاً وَشَيْبَةً يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْقَدِيرُ](2).

[هَذَا خَلْقُ اللَّهِ فَأَرُونِي مَاذَا خَلَقَ الَّذِينَ مِنْ دُونِهِ بَلْ الظَّالِمُونَ فِي ضَلالٍ مُبِينٍ](3)

رؤية مستقبلية للباحثة:

هناك قضيتان فى ثلاث جمل يهتز لهما الوجدان وتختل أمامهما الجبال جاءتا فى آيه واحدة من القرأن، وفى تقديرى المتواضع اجد أن هناك ردا على هذه الآيه فى سورة الرحمن نذكرها بعد الاستنتاج. لو دققنا النظر فى الآية الكريمة: [يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (٤٩) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَاناً وَإِنَاثاً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً](4)

لوجدنا فيها إعجازا من الله تعالى يريد جل شأنه أن يختص به البشرية. ألا تشاركونى الرأى بأن تفسير الآية السابقة يجمع بين عمليتى تحديد نوع الجنين وعملية تأجيرالأرحام فى كونهما ظهرتا فى أن واحد وجمعت بينهما اية واحدة. الا ترى أن هناك حكمة من ذلك مخفية. بالاضافة إلى أن تحديد نوع الجنين يمكن أن يتم أثناء إجراء عملية تأجير الرحم.

فهى من المستحدثات التى ظهرت وأثارت الجدل فى توقيت واحد. وها نحن الأن نبحثهما سويا من خلال هذا الكتاب المتواضع بعد ما اتضح لنا أن

---

(١) فاطر ٢٨.
(٢) الروم ٥٤
(٣) لقمان ١١
(٤) الشورى ٤٩- ٥٠

تحديد نوع الجنين تحدى لإرادة الله فى معنى الجزء الأول من الآيه يهب لمن يشاء...... ويجعل من يشاء عقيما تحدى بتأجيرالأرحام للأزواج الذين كان من نصيبهم عدم الإنجاب والرد على كليهما فى آيا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالإِنسِ إِنْ اسْتَطَعْتُمْ أَنْ تَنفُذُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ فَانفُذُوا لا تَنفُذُونَ إِلاَّ بِسُلْطَانٍ[1]. اى وكأن الله - عز وجل - أراد أن يقول لعباده أخترعوا كل شىء ولكن لن ينفذ إلا بمشيئتى وبإذنى. "والله أعلى وأعلم"

وهناك بعض الآيات الأخرى التى تتوعد إلى من يتحدى الإرادة الإلهيـة : سَنُرِيهِمْ ءَايَـٰتِنَا فِى ٱلْآفَاقِ وَفِىٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُۥ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ شَهِيدٌ .[2]

وَقُلِ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ سَيُرِيكُمْ ءَايَـٰتِهِۦ فَتَعْرِفُونَهَا ۚ وَمَا رَبُّكَ بِغَـٰفِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ .[3]

فالذى أود الإشارة اليه هو أن الغرب أو الدول التى نبعت منها هذه المستحدثات ليس من وحى خيالها, بل هذه المستحدثات تكلم عنها القرآن, وحذرنا منها المهم نريد أن نستفيد من هذا الكلام كله, ونحاول الإستفادة من تطبيق الغرب لكلام الله ومعرفة كيفية استنباط المسائل العلمية وتسخيرها للبشرية, فهذا دليل على أن القرآن الكريم به المادة العلمية التى ينبغى استخلاصها ودراستها من خلال عقول وأيد شرعية وطبية هذا هو قصدى فدعونا من الكلام وأناشد من خلال بحثى المتواضع بالنداء إلى كل عالم وفقيه بتفسير القرآن الكريم واستخراج كل الآيات التى تخدم البشريه وجعلها مادة علمية للبحوث والدراسات ؛ وذلك لن يتم إلا من خلال تخصيص الجامعات, وليكن عن طريق كلية الشريعة والقانون بأن يدرس فيها تفسير السور القرآنية من الناحية العلمية, بمعنى أنه يجمع اهل التفسير الآيات الخاصة بالجسد الإنسانى, و الطبيعة وجميع العلوم الإنسانية ... وتدرس من خلال طلبة شرعيين وطلبة كلية الطب هذا أفضل من أن تقتصر دراسة القرآن على الحلال والحرام فقط, فالقرآن الكريم شامل لكل العلوم وحرام علينا أن نضيق على أنفسنا ونحرم أنفسنا مما

(١) سورة الرحمن٣٢
(٢) فصلت : ٥٣.
(٣) النمل : ٩٣.

أخذه منه الغرب. ويتم ذلك من خلال طلبة الدراسات العليا ورسائل الدكتوراة على أن تختص رسائل الدكتوراة ولو فى آية واحدة. شريطة أن تضيف هذه الأية خدمة للبشرية أو تمحو مشكلة يقع فيها البشر.

تلك هي أساليب الإنجاب الصناعى المتصور حدوثها فى الواقع العملي فالتقدم العلمي لم يعد محصورا فى نمط واحد وإنما تتعدد أشكاله لدرجة أنه أصبح من الممكن أن تنجب المرأة دون زواج لو أرادت أن تكون أما أو إذا رغب الإنسان فى الحفاظ على إمكانية الإخصاب حتى بعد وفاته عن طريق إيداع نطفة فى بنوك للنطف والأجنة.

ويترتب على ذلك تشابك الموضوعات الشرعية بالقضايا الطبيه غيرالمؤلوفة إلينا. وما يستجد منها من نوازل غير أن العقيدة الدينية تهدف إلى مقاومة الإنسان لأهوائه الشخصية مسلحا بقدر الله مذعنا للمشيئة الإلهية ومسلماً بالغيب ومترقبا الحساب في الآخرة بعيداً عن الشهوات والرغبات الإنسانية التى منها التحدى لمشيئة الله.

ولا تعني عقائد الشرائع الدينية إلا بقدر ما تحدد للإنسان ما ينبغي أن يقوم به إزاء مصالحه. وتعتمد نظرة الدين علي تعيين مراتب الأشياء والأفعال. فثمة ما هو مباح وما هو محرم. وهذا ما سنحاول توضيحه فى الباب الاول على أن نتناول فيه. مشروعية التعامل على الرحم. وذلك من خلال موقف الشرائع الدينية فى الفصل الاول ثم موقف القانون الوضعى من التعامل على الأرحام فى الفصل الثانى منه وأخيرا موقف القانونى من نقل عضو الرحم فى ضوء القواعد القانونية والمعطيات الطبية إن شاء الله تعالى.

الباب الأول
مشروعية التعامل على الرحم

تمهيد:

بادئ ذي بدء حدث في هذا العصر جدلا واسعاً حول قضية نقل الأرحام وتأجيره، لأنهما قضيتان ذات أبعاد مختلفة، مما يجعلنا ننظر إليهما بمنظورعلمي وديني وأخلاقي، وقبل كل ذلك بمنظور إنساني، لكون الرحم ليس مجرد وعاء أو حضانة وكما يدعي البعض، بل هو جزء حيوي تكون من نسيج ودم الأم، وهو القرارالمكين بالأم لحمل الجنين فيه ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ﴾[1] وهناك آيات وأحاديث تؤكد بصورة جلية الصلة الربانية بين الله تعالى والأرحام، وأكبر دليل على ذلك أن الله جعل الرحم يشهد أهم أطوار خلق الإنسان وتصويره وكذا نفخ الروح بالجنين فيه ﴿يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقاً مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ﴾[2] ﴿هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الأَرْحَامِ﴾[3].

فلقد ابتدع علماء الغرب فكرة إدخال هذه البويضة الملقحة لرحم امرأة أخرى بدلاً من رحم صاحبة البويضة، وبهذا الأسلوب تحمل الأم المستأجرة هذا الجنين وحتى الولادة. وبهذه الطريقة فإن المولود الجديد يولد معه جدل لا يموت إلا بموت صاحبه؛ لأنه سيظل دائماً في حيرة من أمره ولا يعرف من هي حقا أمه. أهي أمه الو الدية أي أمه بالرحم أم أمه البيلوجيية؟ وبهذا يصبح العذاب النفسي هو توءم المولود بهذا الأسلوب.

ومما لا شك فيه تطالعنا التطورات المستحدثة في مجال الطب بكثير من الإشكالات في جوانبها الشرعية والقانونية، ويرجع ذلك إلى سمو مكانة جسم الإنسان وما له من قدسية بوصفه محلا ومناطا للحماية القانونية أصبح اليوم مجالا خصبا لكل أنواع التصرفات الطبية المستحدثة، والتى منها التعاملات التى قد تتم على عضو رحم المرأة سواء أكان هذا التصرف بنقل عضو الرحم من إمرأة إلى أخرى كالحالة التى حدثت بالفعل فى المملكة العربية السعودية والتى إنتهت

---

(١) المؤمنون الاية ١٣
(٢) الزمر الاية ٦
(٣) آل عمران الاية ٦

بالفشل لأسباب طبية او بالانتفاع بالرحم (على سبيل إستئجاره) وقد يكون هذا التعامل بمقابل أو غير مقابل مما جعله حقلا خصبا للتجارب ؛ ولذلك فإن القانون بأحكامه المتنوعة يسعى جاهدا لتوفير الحماية لجسد الإنسان ضد أي تصرف أو اعتداء يقع عليه[1] وذلك من خلال تقنين هذه التصرفات بأحكام قانونية تنظيمية.

ومما لا شك فيه يسعى التنظيم القانوني والشرعي للحياة الأسرية لتحقيق هدفين هما توجيه الحياة الجنسية إلى غرضها الاجتماعي باعتبارها باعثا علي الزواج، ومن ثم علي إنشاء الأسرة التي هي نواة المجتمع وأداته للبقاء والنماء وتفادي شيوع الفحشاء الجنسية التي تحمل معها الفساد الخلقي والانحلال الاجتماعي وما لا يعد من الأمراض النفسية والبدنية[2].

ويعرض مبادئ الشريعة الإسلامية للقواعد الأخلاقية التي وضعتها في النطاق الذي يضمن للإنسان الحفاظ على جسده وذلك من خلال:

أولا: تفادى القصور الملحوظ في طريقة وضع نظام قانوني ينظم هذه المسائل، وذلك بأن نحرص علي الدراسة الدقيقة العميقة وسماع وجهات النظر المختلفة من أطراف العلاقة في القوانين المقارنة وخاصة في الدول التي انبثقت منها هذه الوسائل.

وثانيا: كون الشريعة الإسلامية لم تترك شاردة ولا واردة في كل مجالات الحياه إلا وتطرقت إليها، وهذا يرجع إلى كثرة النوازل المستحدثة ؛ ولهذا السبب أصبحت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان والدليل علي ذلك قول الله تعالى: [وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً][3].

---

(١) وعلى سبيل المثال تنص المادة (٥٠) من القانون المدني بانه: "لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الإعتداء مع التعويض بما يكون قد لحقه من ضرر". كما تنص المادة الثانية عشرة من الدستور علي أن: "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية والتراث التاريخي للشعب والحقائق العلمية والسلوك الاشتراكي والآداب العامة وذلك في حدود القانون. مقدمة الباب ١- مجلة ق

(٢) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الإعتداء علي الأشخاص، القاهرة ١٩٧٨، رقم ٣٣٣ ص ٣٢٨.

(٣) سورة (النساء: ١)

ومحل بحثنا من هذه النوازل المستحدثة "استئجار الأرحام"، الذي تباينت فيه الآراء ما بين المؤيد والمعارض، حتى أصبح يثير نقاشا حاداً يخشى أن تتوه فيه المصلحة الحقيقية للمجتمع خلال نظرة ضيقة متزمتة أو من خلال نظرة سطحية متسرعة. وكلا النظرتين قد يوهمان بأن ثمة تناقضاً بين أحكام الشريعة التي نطبقها. وبين هذه النازلة المستحدثة وبين آراء الفقه القانوني، لذلك كان من الضروري دراسة مشروعية هذه النازلة من حيث الحظر والإباحة وخاصة أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة.

ومن ثم كيف تنعكس مثل هذه الصورة المستحدثة على الآثار المترتبة عليها، من حيث طبيعة العقد المبرم بين كلا من الزوجين وصاحبة الرحم المستأجر وعلاقة الطبيب بكل منهما فإن مثل هذه المعرفة ضرورية وهامة لبحث هذه المستجدات ومعالجتها ضرورة جدا سواء أكان في بلاد العرب أو بلاد الغرب بشكل خاص لأن مثل هذه القضايا ربما تواجههم أكثر أو تدخل في حياتهم بشكل أوسع، بحكم أن بلاد الغرب تشهد تطورات علمية وتكنولوجية أكبر وأوسع من تلك التي في الدول العربية

وأمام اختلاف آراء فقهاء الشريعة والقانون والطب حول عملية الإنجاب بواسطة تأجيرالأرحام، فأننا نعرض بداية لمشروعية تأجير الرحم ثم نبين طبيعته القانونية وذلك من خلال رؤيتنا عن الموضوع نجد أن المشرع عندما يقنن عملا مستحدثا فإنما يضع فى اعتباره مدى تأثير هذا العمل بمصالح المجتمع، وكثيرا ما يتحقق المساس بمصلحة المجتمع من خلال المساس بحق من حقوق الفرد كما هو الحال فى عملية تأجير الأرحام.

ونظراً لما للزواج من أهمية في الشريعة الإسلامية باعتباره الطريق الوحيد للتناسل، هذا بالإضافة إلى أهميته التى حثت عليها جميع الديانات السماوية وكذلك الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة؛ لذا تعد مشكلة العقم من المشاكل الطبية الشائعة لدى المتزوجين والتي أعطاها الطب وبالتالي القانون اهتماما خاصا، وعلى هذا تكون عدم القدرة على الإنجاب من أكثر المشاكل تعقيدا وأصعبها على وجه الإطلاق، فالإنجاب غريزة فطرية لا يمكن الاستغناء عنها

ومما لا شك فيه أن هذه العملية ليست غريبة فهناك أعمال وأفعال يجرمها القانون تحصل فى الواقع برضاء صاحب الحق أو المجني عليه ، بل أن منها ما لا يحدث لولا هذا القبول ، وهناك إجراءات لا تتحرك دون شكوى من المجني عليه ويسقط حقه فيها ، مما يدل على أن الرضا يلعب فى بعض الأحوال دورا هاما ، وعلى سبيل المثال فى تصرفات الأعمال الطبية والجراحية.

ونظراً لما يترتب على هذه الوسائل من تداخل للغير وخروج عملية الإنجاب عن أحد مظاهرها المتعلقة بالسرية والخصوصية ، هذا بالإضافة إلى ما يمثله ذلك من اعتداء على مبدأ حرمة الجسد الإنساني وأهمية رضاء صاحب الحق فيما سبق.

ونظراً لخلو القانون من التقنينات خاصة بهذه العمليات ؛ لذلك اختلفت الآراء والتشريعات والأحكام حول موضوع الإنجاب الصناعي بتدخل الغيرعن طريق الأستعانة برحم امرأة أخرى أو نقل عضو الرحم من امرأة الى أخرى ، فكانت الأحكام أحيانا معتمدة على مذاهب التفسير والتأويل أحيانا وعلى مبادئ القانون الطبيعي والمقتضيات الإنسانية لذلك سنتناول مشروعية التعامل على الرحم من خلال الفصول الثلاثة على أن نتناول فى الفصل الاول موقف الفقه الإسلامى من تأجير الأرحام ، ثم موقف القانون الوضعى من ذلك فى الفصل الثانى وأخيرا حكم نقل عضو الرحم فى الفصل الثالث.

الفصل الأول

موقف الشريعة الاسلامية من إستخدام الرحم

يحسب للشرائع الدينية مراعاة أحوال المجتمع ومصلحته عند معالجتها لمسألة مستحدثة طرأت عليها نتيجة للابتكارات الطبية الحديثة، وليس هذا بغريب لأن قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية تنظم سلوك الإنسان في كافة أمور الدين والدنيا، لان الحفاظ علي الصحة الإنجابية مطلباً انسانياً حيث اصبحت وسائل الإنجاب الحديثة هي الشغل الشاغل للانسان بعد تفاقم المستحدثات الطبية بكافة أنواعه وأشكاله وتعارضها مع قواعد القانون.

ولما كانت مشروعية التصرف في رحم المرأة موضوع يطرح نفسه على ساحة البحث بوصفه من نتاج النوازل المستحدثة في عصرنا الراهن، والذي يعد إحدى الصعوبات التي تعترض الفكر القانوني والفقهي الشرعي في وقتنا الراهن الذي وجد نفسه في حيرة عن مواكبة هذه التصرفات، حتى وإن وجدنا بعض الدول قد حاولت الاستجابة لهذا التنوع في التصرفات من خلال إصدار بعض القوانين الخاصة بها.

ويتجلى لنا إيضاح التباين بين النظم والقوانين العربية ومثيلتها الغربية من حيث معيار الضبط الأخلاقي الذي وضعته الشريعة الإسلامية لتنظيم النوازل الطبية الحديثة التي تخص الإنجاب على وجه الخصوص وسنقوم جاهدين ببحث هذه المسألة حتى لا تتسرب إلى عالمنا العربي في الخفاء وهذا تخوف منا بانتشارها كمثيلها من القضايا كالإجهاض أو ختان الإناث أو سرقة الأعضاء

لذلك يجب علينا أن نسلط الضوء إلى هذا الموضوع الذي مازال يمارس في الخفاء وخاصة في الأوساط الطبية ذاتها، وخاصة في العيادات الطبية الصغيرة التي لا يوجد عليها أي نوع من أنواع الرقابة والمتابعة التي تقوم بممارسة مثل هذه العمليات في الخفاء أو كما يطلق عليها بعمليات تحت السلم.

وإذا كانت الشريعة مسئولة بصفة عامة عن المجتمع فالإنسان مسئول عن نفسه بصفة خاصة. وفي هذا المعنى يقول النبي - ﷺ- : (لن تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه وعن علمه ماذا عمل به وعن ماله من

أين اكتسبه وفيم انفقه وعن جسمه فيما أبلاه)[1].

ومن ثم سنتناول بشئ من الإسهاب عن مدى تلك المشروعية من عدمها وقيود إباحتها من خلال طرحنا للفصل الأول موضحين الاتجاهات الفقهية المتباينة في الآراء، مختتمين هذا الفصل بتقديرنا الخاص حول مسألة الإنجاب بوسيلة تأجير رحم غريب عن الأم الفسيولوجية.

ومما لا شك فى أن إثارة تلك الموضوعات الطبية المستحدثة التي تجاوزت الابتكارات المعتادة والمألوفة لدينا الكثيرمن النقاش والجدل لدى رجال القانون والشرع والطب علي السواء في البحث عن مجال مشروعيتها، هذا بالإضافة إلى أنها أحيانا تشكل استثناء علي القواعد القانونية المستقرة التي تحمي حق الإنسان في سلامة وتكامل جسده، ومن هذه الابتكارات الطبية وسيلة الأرحام المستأجرة كبدائل للأرحام المعيبة

لذلك تباينت الآراء حول هذه الوسيلة غير المعتادة في أوطاننا العربية، مما اعتبرها البعض أنها دخيلة علينا من الغرب، حتى الغرب احتار في وضع تكييف قانوني لها، والسبب في ذلك يرجع إلى عدة أسباب أولها أن هذه الوسيلة من ناحية كونها لا تنقل وراثات الأم صاحبة الرحم المستأجر علي الراجح في الطب والثاني منها ما يتعلق بصعوبة ترجيح صفة الأمومة بين كلا المرأتين صاحبة البويضة والحامل صاحبة الرحم بدلا منها، والأخير منها هو التشابه المزعوم بين تأجير الرحم للحمل وبين إجازة الظئر بغرض الرضاعة، ومن ثم نعرض لموقف الشريعة الإسلامية من جراء هذه العملية، وذلك من خلال تناولنا لرأى الفقه الأسلامى القائل بإباحة تأجير الأرحام، ثم لرأى الفقه الإسلامى القائل بحظر تأجير الأرحام، وعرض موقف الفقه الإسلامي من تأجير رحم الضرة، وسوف يتطلب ذلك توضيح ماهية المصلحة المرتبطة بتأجير الأرحام، وأخيرا بيان موقف الشريعة المسيحية من تأجير الأرحام إن شاء الله تعالى.

(١) رواه الترمذي – سنن الترمذي – كتاب صفة القيامة – باب في القيامة ج٤ ص ٦١٢.

المبحث الأول

الفقه الأسلامي القائل بإباحة إستخدام الرحم

ذهب جانب من الفقه الى جواز الحمل عن طريق الرحم المستأجر مطلقا سواء أكانت الحامل هذه زوجة أخرى أو أجنبية[1]، ومن ثم يرى البعض أن هذه الطريقة وإن كانت مكروهة بسبب ما يترتب عليها من مشاكل نفسية وأخلاقية إلا أنها تباح استحسانا وفي حالة الضرورة، ولكن بضوابط وشروط معينة: -

(شروط لصالح زوج صاحبة الرحم المستأجر)

- أن تكون صاحبة الرحم المستأجر ذات زوج.
- أن يتم التلقيح لحساب الغير داخل رحمها برضاء زوجها
- أن تعتد قبل نقل النطفة الأمشاج المملوكة للغير في رحمها للتأكد من براءة رحمها من تبعات ماء زوجها.

(**شرط خاص بالأبوين البيولوجيين**)

أن تتوافر حالة الضرورة (كالتي يكون رحمها مصابا بعيوب خلقية أو.........أن تكون نفقتها واجبة طوال الحمل على الزوج صاحب النطفة

---

(١) ومن انصار هذا الرأي الدكتور عبد المعطي بيومي – الإنجاب في ضوء الإسلام صـ١٣٠، ١٢٩ للدكنور محمد نعيم ياسين – طفل الأنبوب صـ٦٨ للدكتور محمد علي البار – برنامج كلمة حق والذي ناقش هذه القضية بالتلفزيون المصري في أواخر ٢٠٠١ م.
هذا وقد جاء في مجلة روتانا العدد ١٣١ – ١٦ يناير ٢٠٠٨ ص ٧٣ ريبورتاج بعنوان في مصر أرحام للإيجار واسر للبيع وكان مصر أصبحت كالهند.نشرت امرأة مصرية إعلانا عبر عدد من مواقع الانترنت تبدى رغبتها في تأجير رحمها لمن يرغب من النساء الغير قادرات على الإنجاب مقابل خمسين ألف جنيه للحمل الواحد بالإضافة إلى نفقة شهرية قيمتها خمسمائة جنية طوال فترة الحمل عن كل شهر وللتأكيد على جديتها سجلت رقم هاتفها لمن يرغب في عقد الصفقة تعي حنان يس سيدة في منتصف الثلاثين من عمرها تقييم في حي الزاوية الحمراء أرملة ولها ابنا لجأت إلى طريق إيجارالرحم لتوفير إيجار مسكنها وجاء في ريبورتاج ردا على حكم هذه العملية وكان أحد المؤيدين د/ عبد المعطى بيومي عضو مجمع البحوث الإسلامية وعميد كلية أصول الدين الأسبق وأعلن أن تأجير الرحم جائز شرعا لن هذا من شأنه حل مشكلات كثيرا من نساء المصابة بالعقم ويحافظ على الأسر من التفكك أما جاء في المقابل رأى د/ على جمعة بعدم إباحة مثل هذه العملية وأنها حرام شرعا وذلك لإحتمال اختلاط الأنساب فيها كنا نأمل من الرأي المؤيد لهذه العملية إيجاد حلِا آخر لماذا ينظر الجميع الى تحقيق سعادة الزوجين العقيمين وننسى النظر إلى المؤجرات والدافع إلى لجوئهن إلى مثل هذه العمليات.

ومـن ثـم ينسب الولـد لأمـه البيولوجيـة وتعتـبر الأم الـتي ولدتـه بمثابـة الأم الرضاعية[1].

أ- **مبررات الرأي المؤيد لتأجير الأرحام:** استند أصحاب الرأي الأول القائلون بجواز الحمل عن طريق الرحم المستأجر مطلقا بما يلي:

القياس على الأم الرضاعية (المرضعة الظئر)التشابه بين الأم بالرحم مع الأم بالرضاعة أم لأنها لا تعطيه إلا غذاء، ولا تعطيه أي توريث لأية صفة وراثية، فقياس صاحبة الرحم المستأجر على الأم من الرضاعة بجامع ما يأتي:

أن الله تعالى جمع بين الحمل والإرضاع في المدة اللازمة لهما في قوله تعالى: [وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً][2]. ويرى أصحاب هذا الرأي أن الحكمة من أن الله جمع بين الرضاعة والحمل في آياته هو توحيد الحكم فيهما لكونهما من مصدر غذائي واحد.

ومما سبق يترتب عليه من وجهة نظر أصحاب هذا الرأي أن يحرم من تأجير الرحم ما يحرم من الرضاعة الطبيعة المشتركة بين " الرحم والشدي "، من حيث التغذية التي تتم من خلال مواد مستخلصة من الطعام المهضوم داخل جسم الأم، وهذه المواد في الأصل غير مستساغة المذاق. فتغذية الجنين بها بواسطة الحبل السري لا تحتاج إلى تغيير في الطعم، أما تغذية الطفل عن طريق الفم تتطلب تغييرا في المذاق حتى يمكن أن تستساغ: لأنها تلامس اللسان مركز التذوق عند الكائن الحي: لقوله تعالى: [وَإِنَّ لَكُمْ فِي الأَنْعَامِ لَعِبْرَةً نُسْقِيكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهِ مِنْ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَبَناً خَالِصاً سَائِغاً لِلشَّارِبِينَ][3].

العلاقة الطردية بين نمو الثدي للحامل ونمو الجنين. فنمو الأول مرتبط بنمو الثاني، حتى يكون مستعدا ليحل محل الرحم في التغذية عندما يخرج الجنين طفلا. وعليه فإنه إذا كان لا جناح في قيام المرأة بالحنو على غير ولدها بالإرضاع، وقد يسند إليها أمر تربيته، عندما ينتقل الطفل من حجر أمه إلى أسرة مرضعته

---

(١) رد فقهي على تساؤلات للدكتور يوسف القرضاوي صـ٤٥ ومابعدها – والدكتور حسان حتحوت، مقال بمجلة العربي، عدد ٢٢٢ – ص٤٤ ومابعدها.

(٢) سورة الاحقاف: اية ١٥

(٣) سورة النحل اية ٦٦

خلال فترة الرضاعة دونما سبب أو علة تمنع الأم الوالدة من القيام بأمر الرضاعة والتربية، فإنه يصبح من الممكن حلول رحم امرأة محل صاحبة الرحم المعطوب في حمل جنين لها، وإذا كان في انتقال الطفل من أسرته إلى أسرة مرضعته في سن مبكرة من الخطورة بمكان، نظرا للدور الذي يلعبه العامل البشري في تنشئة الطفل وصقل شخصيته، فإنه ليس في الحمل لحساب الغير أثر مباشر على الجنين؛ لأن الدور الغالب في فترة الحمل يكون للعوامل الطبيعية التي لا تخضع في عملها لإرادة الإنسان ومشيئته[1].

فهي أن جمعهما وضمهما في فترة واحدة مدتها ثلاثون شهرا، ليس له تفسير إلا أن عالم الغيب قد أوردها بهذه الكيفية لتكون نصا مباشرا لإباحة استئجار الأرحام.كما نلاحظ أن الله قد نص على إباحة الإرضاع من الغير رغم كونه من المسلمات والضروريات المقبولة عند العرب وكافة الشعوب منذ قديم الأزل، وكان يكفي لإقرار الإباحة أن لا يذكره القرآن بتحريم، فربما أن هذه التأكيد مقصده أن لا ترتاب قلوبنا حيث نواجه قضية استئجار الأرحام ونقيسها على الاسترضاع والله أعلم.

كان النقاش يدور في مجلس الشعب المصري[2] مع البعض حول مسألة حكم تأجير الأرحام، حيث أنتهي النقاش إلى إباحة تأجير الأرحام قياسا على الرضاع، معتبرا أنه كما يجوز تمليك منفعة الثدي وما يفرزه من لبن ينبت اللحم وينشر العظم لدى الوليد زمن الرضاعة، فإنه يجوز قياس الرحم على الثدي فيما يفرزه من أمشاج تنبت اللحم وتنشز العظم لدى الجنين زمن الحمل: لأنه إذا جاز ذلك في الثدي فإنه يجوز في الرحم: إذ أن الثدي يعطي من دم المرضع وغذائها خلاصة أشد نقاء مما يعطيه الرحم مطابقة التشكيل الوراثي للجنين للزوج صاحب النطف الذكرية.

---

(١) الإنجاب في ضوء الإسلام صـ٢١٩ – روح القوانين صـ٨٣، ٨٤ للدكتور عبد الحميد عثمان – بنوك النطف والأجنة صـ٢٥٩ ٢٠٠١م دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع).

(٢) د/ عبد المعطى بيومى – عميد كلية اصول الدين بجامعة الازهر وعضو اللجنة الدينية بالمجلس وبين د/ اسماعيل برادة – أستاذ طب النساء بجامعتى مينسوتا وتكساس بالولايات المتحدة – حسام تمام، إسلام أون لاين نت، تأجير الأرحام بين الطب والسياسة – ٢٠٠١/٤/٤م.

يرى فريق من الأطباء[1]: أن الله قد قرن بين الحمل والرضاعة وجمع بينهما في آيات كثيرة مما وحد الحكم فيهما، وجعل ما يسري على الرضاعة ساريا على الحمل بجامع كونهما مصدر الغذاء الضروري لاستبقاء الجنين وعليه فإن استئجار الرحم لإعاشة جنين حلال مثل استئجار الثدي لإرضاع طفل بالقياس المباشر. وما ذكرته هو الصياغة الفقهية وأما الحقيقة الإيمانية كما أكد[2] أحد أطباء النساء والتوليد على بعض الحقائق وهي:

أن التشكيل الوراثي للجنين يكون بالقطع للزوج صاحب الحيوان المنوي وزوجته صاحبة البويضة، وأن البويضة الملقحة بالحيوان المنوي للزوج لا يمكن بأي حال من الأحوال إعادة تلقيحها مرة أخرى بأي حيوان منوي أخر غير الذي لقحت به بالفعل حيث أنه في اللحظة التي يتم فيها التلقيح تفرز البييضة الملقحة(نطفة الأمشاج) حاجزا حولها يمنع المساهمة بأية مواد وراثية أخرى حتى تحتفظ الخلية بتكونها الجينى[3].

كما أن الرحم لا ينقل أية صفة وراثية، ولا يسهم بأي تكوين جيني ولا يعمل إلا كحضانة للطفل تحميه وتمده بما يلزم نموه.

كذلك انعدام أي احتمال لأختلاط الأنساب. وأن احتمال نجاح هذا الأسلوب لإنجاب طفل من هذه السيدة وزوجها أعلى بكثير من احتمال الحمل في رحم منقول إليها من سيد أخرى.

ب - الرد على هذه المبررات: فالرحم ليس حضانة آدمية، وليس شأنه كشأن خزينة في بنوك النطف الادمية يقوم الرحم برعايتها وإمدادها بما تحتاجه حتى اكتمال الحمل ثم نسترد منه هذه الوديعة بمنتهى البساطة متجاهلين عما يحدث من علاقة وطيدة بين صاحبة هذا الرحم وهذه البيضة المغتربة:

---

(١) د/ محمد سعد الدين حافظ – أستاذ الجراحة بكلية طب القصر العينى http:// ww.karabeeg.com/news/3220.html

(٢) د/ إسماعيل براده أحد أطباء النساء والتوليد

(٣) د/عطا السنباطى – المرجع السابق – ص ٢٥٩، د/ طارق عبد الله –– الانعكاسات القانونية للانجاب الصناعى – رسالة لنيل الدكتوراة – جامعة المنصورة - ٢٠٠٥

١ - إن قياس الأم صاحبة الرحم المستأجر على الأم من الرضاعة بجامع أن مهام كل منهما قاصر على التغذية فقط قياس مع الفارق لما يأتي:

الاستدلال على صحة القياس، بأن الله تعالى جمع بين الحمل والإرضاع في قوله تعالى: (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا)[1] غير مسلم: لأنه معلوم أن العطف يقتضي المغايرة، فالحمل يختلف عن الإرضاع تماما، حيث أن الإرضاع يأتي في مرحلة تالية للحمل والولادة؛ وذلك بعد وجود الطفل وخروجه إلى الحياة.

٢- التعاقد على إرضاع الأطفال مسألة طبيعية دعت إليها الحاجة للطفل الذي وجد فعلا، وجاء في جو من الطهارة والعفة، خلافا للطفل الناتج عن إباحة الأم المستأجرة. فإنه قد جاء في جو غير سليم.

٣ - وضع البويضة في رحم امرأة أخرى حرام شرعا؛ لأن الشرع سن لنا الزواج للانتفاع بالأبضاع والأرحام، وحرم غيره، فلا يصح قياس هذه الصورة البتة على الرضاعة المباح بالنص والإجماع.

- المرضعة ترضع طفلا معلوم النسب بيقين، ومن الممكن أن تتوقف عن إرضاعه بناء على طلبها أو طلب الأم الأصلية عند شعورها بأي خطر، أما في الحمل فلا يمكن للحامل أن تتوقف عن الحمل وهو في بطنها بإرادتها أو برغبة غيرها.

٤ - تسليم الأم بالرحم المستأجر للطفل بعد ولادته لمن تعاقد معها يعد بيعا وشراء للإنسان، وقد حرم الشرع الحنيف بيع واكل ثمنه، وذلك في قوله عز وجل في الحديث القدسي: (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت أنا خصمه خصمته، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فأستوفى منه ولم يعطه أجرته)[2].

شبهة اختلاط الأنساب لا توجد في الرضاعة ولكنها موجودة في حالة الرحم المستأجرة، وينبغي وضع ذلك موضع الاعتبار حتى لو كان مجرد شبهة

---

(١) الاحقاف: اية ١٥

(٢) صحيح البخاري ٣٤/٢ – كتاب الإجارة – باب اثم من منع أجر الأجير والحديث عن أبي هريرة رضى الله عنه

ونرى أن هذه الشبهة متمثلة في ممارسة امرأة للحمل لحساب الغير في بلد ما بعد إتمامها للعملية وتسليم الولد للزوجين البيولوجيين وتقرر بعد ذلك الانتقال إلى بلد أخرى للعيش فيها مكررة نفس العملية السابقة لزوجين أخريين السؤال هنا ما الذي يضمن لنا مستقبلا عدم زواج الطفلين التي حملت فيهما تلك المرأة مع الأخذ في الاعتبار من باب أولى سيصبح الطفلان أخوين قياسا بالأخ في الرضاعة.

٥- اللقيحة تتأثر بالهرمونات والمواد الغذائية والمشاعر والرحم والظلمات الثلاث، فهي تتأثر تأثرا واضحا بالبيئة المحيطة بها. أما الطفل الرضيع فإنه لا يتأثر إلا بالمواد الغذائية وربما المشاعر.

ولقد أثبتت الأبحاث والتجارب العلمية المتعددة أن هناك عوامل كثيرة تؤثر على نمو الجنين داخل الرحم فتقتله أو تسبب له تشوهات لا قبل لنا بها من هذه العوامل:

التغذية: نقص بعض الفيتامينات أو الأملاح المعدنية الضرورية

عمر الأم الحامل: تتزايد نسبة ظهور التشوهات مع كبر سن الأم وخصوصا بعد الأربعين.

التدخين: يضر بصحة الأم والجنين

الأنيميا الحادة عند الأم: تضعف كفاءة المشيمة في العمل

أما الأدلة والتعليلات التي أوردها أصحاب هذا الرأي الفقهي: -

قال رسول الله - ﷺ - : "أن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها"(١).

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه ورد إلى العالم العربي من الغرب قضايا واكتشافات علمية طبية، تعالج حالات ضعف الرحم، وعدم قدرته على الاحتفاظ بالجنين فترة الحمل، فينزل الحمل لأسباب مرضية متعددة كمرض الذئبية الحمراء التي تؤدي إلى وفاة الجنين، أو كمرض المرأة الذي يجبرها على

(١) الحديث صحيح رواه أبو دأوود، والحاكم في المستدرك والبيهقي في المعرفة، الجامع الصغير٢/١٤٣٤ رقم ٦١٨٧٠ سنن أبي دأوود ٤/٤٨٠ رقم ٤٢٩١، باب ما يذكر في قرن المائة.

استئصال الرحم، وفي مثل هذه الحالات يكون العلاج إما بنقل رحم جديد للمرأة المريضة أو استئجار رحم امرأة أخرى لتحمل وتلد عنها. وهي بهذا إنما تحقق أمومتها التي ترجوها كل امرأة وزوجة.

تصريح علماء الطب أنه عندما تتحد البويضة مع الحيوان المنوي الذكر يتم التزاوج بين ٢٣ كروم وزوم منفردا من البيضة و٢٣ كروم وزوم منفردا من الحيوان المنوي، ليتكون لدينا ٢٣ كروموزوم ثنائي، وتصطف الجينات الوراثية لكل نوع من الخواص على الكروموزومات الثنائية متقابلة مع بعضها البعض في ترتيب تتابعي متكامل، حيث يوجد جين واحد من الأم في مقابله جين واحد من الأب، وكل جينين معا يحملان معا انتقال خاصية وراثية إلى الكائن الجديد، وبناءً على هذا فإن التشكيل الوراثي للجنين يكون للزوج صاحب الحيوان المنوي وزوجته صاحبة البويضة، والبويضة الملقحة من الزوج لا يمكن تلقيحها مرة أخرى بأي حيوان منوي أخر غير الذي لقحت به بداية. ومن هنا نؤكد أن الرحم لا ينقل أي صفة وراثية ولا يسهم بأي تكوين جيني، أنما هو يمد الطفل بالغذاء والأوكسجين والأمشاج الرحمية، ولا يمكن أن يكون اختلاط بالأنساب لعدم إمكانية تلقيح البويضة الملقحة مرة أخرى[1].

أن عملية إنجاب طفل بواسطة استئجار رحم تحظى باحتمالات نجاح أكبر بكثير من عملية إنجاب طفل بواسطة الحمل في رحم منقول من امرأة أخرى إلى الزوجة(وهي إمكانية العلاج الثانية).

إن صورة استئجار الأرحام فيها معنى الزوجية، لأن فيها عقد قائم على إيجاب وقبول، شهود، أجرة، ومنفعة وهي حمل الجنين تسعة أشهر، ويتم الإعلان عن هذه العملية، فهي ليس فيها وطء محرم ولا تعتبر زنا وليس فيها حتى شبهة زنا، لأن الزنا يقوم على الوطء المحرم وهذه العملية تخلو من الوطء، فإذاً كانت هذه العملية تخلو من الزنا فهي تخلو من شبهة الزنا أيضاً، لأن شبهة الزنا أما أن تكون شبهة في الفعل، كظن الرجل أن امرأة تحل له فوطئها فإذاً بها محرمة عليه، أو مطلقة ولم تبرأ من عدتها، وأما شبهة في الملك كعقد الرجل على

(١) قضايا طبية معاصرة، الدكتور عبد المعطي بيومي ص ٢٤.

المرأة عقداً فاسدا ظناً أن العقد صحيح وفي كلا الشبهتين المحرم هو الوطء، وليس في تأجير الأرحام أي وطء على الإطلاق. واستدل الرأى المؤيد على هذا الأمر بما روي أن امرأة استسقت راعيا لبنا، فأبي أن يسقيها حتى تمكنه من نفسها، ففعلت، ثم رفع الأمر إلى عمر بن الخطاب - رضي الله - عنه فدرأ الحد عنهما، وقال: ذلك مهرها. والتعليل أن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- لم يعاقب الراعي والمرأة بل عذرهما بما دون الحد، وذلك لأنهما لم يجعلا لهما شهودا، حتى يكون ما فعلاه نكاحا صحيحا، وهذا يشبه عملية استئجار الأرحام، لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعتبر الأجرة شبهة أسقطت الحد، واعتبر ما فعله الراعي والمرأة أقرب إلى الزواج، وهنا يرى الفقه المؤيد لتأجير الأرحام[1] أن الأم الحاضنة يجب أن تكون غير متزوجة وأن تكون ممن يحرم جمعها مع الزوجة الأصلية (كأمها وأختها).

العقد القائم في عملية تأجير الأرحام ليس على منفعة البضع، وإنما على منفعة الرحم، لذلك لا يحق للرجل نكاح الأم الحاضنة، حتى لا يحدث خلاف على المولود.

أن القرآن الكريم سمي المال الذي تأخذه المرضعة مقابل إرضاعها أجرة، سواء أكانت الأم أما أو لا للرضيع، فلا بأس أن يسمى المال الذي تأخذه الأم الحاضنة إذا لم تكن متطوعة أجرة، قياسا على الرضاع، فكما يجوز تمليك منفعة الثدي يجوز تمليك منفعة الرحم، ويحرم من عملية استئجار الأرحام ما يحرم من الرضاع، فصاحبة الرحم المستأجر هي أم للجنين بشكل من الأشكال.

أن إجازة تأجير الأرحام يعتبر تيسرا للأمة الإسلامية، هذا التيسير التي تميزت به الشريعة الإسلامية دائما، فالمشقة تجلب التيسير، وهذه العملية أفضل من التبني، ولا داعي للخوف من هذه العملية لأنها تستند أصلا على عقد كفيل بالقضاء على كل المشكلات المستقبلية، وهذا ما ذهب اليه بعض الفقهاء المعاصرين[2].

---

(١) الدكتور عبد المعطي البيومي/ قضايا طبية معاصرة، ص٢٥.

(٢) - فتوى الشيخ د. موسى شاهين لاشين:

=

ج- تقييم الباحثة..

القائلون بأن الرحم المستأجر مثل المرضعة الظئر هذا قياس مع الفارق والدليل على ذلك قول عمربن الخطاب –رضي الله عنه –تعليلا لعتق أم الولد " خالطت لحومنا لحومهن ودماؤنا دماءهن"(١) ومن ثم فإن العوامل الوراثية أو الجينات التي تحمل الصفات الموروثة من الآباء الموجودة على الشريط الجينى

=

نائب رئيس جامعة الأزهر سابقا، ورئيس مركز السنة بوزارة الأوقاف وعضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر. أجاز سيادته استئجار الأرحام والأدلة هي كالتالي: أعتمد على أن الدين الإسلامي هو دين يسر، وأن الرحم المستعار تدعو إليه حاجة إنسانية، فهو يلبي حاجة المرأة المحرومة من الأمومة التي نصت عليها واعتبرتها الشريعة الإسلامية، وأكد الدكتور موسى أن الرحم المستعار لا يشبهه الزنا في شيء وهو امن من اختلاط الأنساب.

قاس الدكتور موسى استئجار الأرحام على الرضاع، وأكد عدم التخوف من نزاع الزوجة والأم المستعارة على الطفل، وقال أن من تجيش منهما عواطفها وأحاسيسها فهي جديرة بالأمومة واصلا من مصلحة الطفل أن تعتني به اثنتان بدلا من واحدة.

- الأستاذ الدكتور عبد الصبور شاهين:

مفكر إسلامي معروف. أستاذ متفرغ بكلية دار العلوم جامعة القاهرة. من أشهر الدعاة بمصر والعالم الإسلامي. خطيب مسجد عمرو بن العاص أكبر وأقدم مساجد مصر سابقا. صدر له أكثر من ٦٥ كتابا، ما بين مؤلف ومترجم، أكبرها مفصل لآيات القرآن في عشرة مجلدات، وأحدثها مجموعة نساء وراء الأحداث ١٠ كتب

نظر سيادته إلى قضية استئجار الأرحام من ثلاث زوايا مختلفة: الزاوية والجانب الديني، القانوني والأخلاقي، أما بالنسبة للجانب القانوني، فهناك عقد صحيح في العملية يغطي الجانب القانوني، أما الجانب الأخلاقي فربما هذه العملية تواجد معارضة من المجتمع من باب الحفاظ على العادات والتقاليد إلا أن هذا لا يعني أن هذه المسألة محرمة، أما الشريعة الإسلامية وتأجير الأرحام، فإن تأجير الأرحام ليس فيه زنى ولا شبهة زنى وهو امن من اختلاط الأنساب.قضايا طبية معاصرة، ص ٣١.

- الدكتور عبد الحميد الأنصاري:

الباحثة الأكاديمي القطري المفكر الحر عبد الحميد الأنصاري، حائز الدكتوراة في السياسة الشرعية من كلية الشريعة والقانون من جامعة الأزهر عام ١٩٨٠. يعمل أستاذا للسياسة الشرعية في كلية القانون بجامعة قطر، وكان قبلها عميدا لكلية الشريعة والقانون في نفس الجامعة.

يقول سيادته بتأجير الأرحام، وأجاز أن يستأجر رحم امرأة أجنبية عن الزوج لتحمل عن زوجه وقال أنه يشارك الدكتور عبد المعطي البيومي في رأيه الذي أوضحناه سابقا. وأضاف أن الرأي الذي انتهى إليه مجمع البحوث الإسلامية بمكة هو رأى جماعي وليس إجماعي للأمة الإسلامية.

(١) الاشراف على مسائل الخلاف ٣١٤/٢ للقاضى عبد الوهاب بن على بن نصر البغدادى المالكى المتوفى بمصر فى شعبان ٤٣٣ هجريا – مطبعة الأرادة السعودية.

Geno Type للبيضة المخصبة وهي تلعب دورا نسبته ١٠٪ فقط في إحداث التشوهات وأما غالبية هذه الظاهرة ينشأ من تفاعل بين العوامل الوراثية والظروف البيئية المحيطة بالجنين داخل أو خارج الأم الحامل، ويمثل عامل ريسوس RHEACTOR مثالا حيا لذلك، فلو كانت الأم سالبة وكان الجنين موجبا (من الأب طبعا) فإنه يتكون في دم الأم أجساما مناعية مضادة ربما تنتقل إلى الجنين فتقوم بتكسير كرات الدم الحمراء وتقتله[1] إذن نرى أن مسالة انتقال أي مورثات من الجنين إلى صاحبة الرحم المستأجر محل نظر.

هنا رد علمي: بما أن بعض الأطباء يرون[2] أن الرحم يؤثر في الصفات الوراثية للجنين وليس مجرد عامل مساعد كما يردد المؤيدون لاستئجار الأرحام فقد ثبت أنه في أثناء نمو البييضة الملقحة تضاف بعض الصفات الوراثية من الأم الحاضنة أو الحامل عن طريق المشيمة إلى الجنين، وبالتالي إذا ثبتت هذه الحقيقة العلمية السابقة معنى ذلك أنه لا توجد لدينا مشكلة، ومن ثم نرى أنه سيصبح هناك والدتان للطفل إحداهما أم بالحمل وبالولادة والأخرى أم بيولوجية وبالتالي سوف تقل هذه الظاهرة لأنه لا توجد أم بيلوجية توافق أن يشاركها أحد في تكوين طفلها، وبالطبع سيكون هذا ردا علميا على السؤال الآتي:

هل هذا الولد ابن لصاحبة البييضة أم ابن لصاحبة الرحم المستأجر؟

وكذلك إذا كان الرد العلمي موافق للحقيقة العلمية السابقة وهى أن الرحم سوف ينقل بعضا من الصفات الوراثية إلى الجنين وليكن عن طريق الدم فسوف يصبح هناك والدتان وهذا أمر في رأيى لا يقبله الواقع، وبالتالي ستتراجع هذه الظاهرة بمجرد أن الراغبة في المساعدة الإنجابية تكتشف تلك الحقيقة وهى مشاركة امرأة أخرى في التكوين البيولوجي لجنينها المتكون من نطفتها البيولوجية بالطبع سيتغير موقف الأم البيولوجية صاحبة النطفة، وبالتالي سوف تتأثر أيضاً

---

(١) تأجير الأرحام بين اتجاهات العلم وحتمية الدين ص ٩٠، ٩١ نقلا عن كتاب علم الأجنة الطبي وهو مرجع أمريكي اصيل يدرس في جميع كليات الطب في العالم، وترجم إلى العديد من اللغات – وانظر ايضا كتاب الولادة صـ٢١٥ للأستاذ الدكتور احمد فودة طبعة دار الوفاء – الطبعة الأولى ١٩٩٧م.

(٢) د/ إكرام عبد السلام – رئيسة قسم الوراثة بجامعة القاهرة.
http :// www. karabeeg.com /news/news / 3220. html

صاحبة الرحم المستأجر بمجرد علمها بأنها سوف تتنازل عن جنين ساهمت بالفعل بجزء من تكوينه عن طريق جسدها.

بما أن المرضعة الظئر شرعت للضرورة وهذه الضرورة متمثلة في حاجة الطفل إلى الغذاء وعملا بالقاعدة الضروريات تبيح المحظورات[1]، وما جاز للضرورة لا يقاس عليه غيره لأن الضرورة تقدر بقدرها إذا لا يجوز قياس الرحم المستأجر على المرضعة الظئر.لأن المنفعة في تأجير المرضعة منفعة مشروعة طبقا للكتاب والسنة.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: [فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى] [وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ][2].

ومن السنة: قوله ﷺ "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"[3].

هذا وبالإضافة إلى أنه يمكن للرضيع الإستغناء عن الرضاعة الطبيعية باللبن الصناعي بينما في حالة الجنين داخل الرحم لا يمكن الاستعاضة بأي مصدر أخر لتغذيته غير دم الأم (صاحبة الرحم).

ونحن نرى أن قياس المرضعة الظئر بالرحم الظئر هذا القياس لصالح رأى المعارض الرحم المستأجر وليس العكس.

والدليل على ذلك أن المرضعة الظئر شرعت للضرورة لبقاء الولد حيا، أما الولد الناتج من عملية الرحم المستأجر؛ فليس هناك ضرورة لإتيانه طالما أن الله لم يشأ بإتيانه بالطريقة الطبيعية، فمن الواضح أن هذا قياس مع الفارق أما بالنسبة لتفسير الآية "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " الحكمة من اقتران الحمل مع الرضاعة هو المدة وليس كما فسرها الرأي المؤيد للرحم المستأجر؛ حيث أن

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٤

(٢) سورة الطلاق الآية ٦ –سورة النساء الآية ٢٣

(٣) هذا الحديث متفق عليه من حديث ابن العباس رضى الله عنهما –اخرجه البخاري فى صحيحه – كتاب الشهادات، باب الشهادة على الانساب والرضاع الستفيض والموت القديم ٢٠ /٩٣٥ –حديث رقم (٢٥٠٢) واخرجه مسلم فى صحيحه، كتاب الرضاع، باب تحريم ابنة الاخ من الرضاع (١٠٧١/٢) حديث رقم (١٤٤٧).

تفسير هذه الآية كيفية حساب مدة الحمل[1] وقد استدل علي- رضي الله عنه- بهذه الآية مع التي في لقمان [وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ] وقوله تبارك وتعالي: [وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ][2] على أن أقل مدة الحمل ستة اشهر وهو استنباط قوى صحيح ووافقه عليه عثمان وجماعة من الصحابة- رضي الله عنهم- .

نرى من جانبنا أن الدول التي تمارس فيها هذه العمليات تجافى فيها نظمها تطبيق قاعدة "الولد للفراش "على عملية تأجير الأرحام لأن في هذه الحالة سيكون هناك فراشان وليس فراشا واحدا كما تنص القاعدة وسنتعرض بشيء من التفصيل في هذا الموضوع إن شاء - الله تعالى - في القسم الثاني، فصل النسب من هذا الكتاب

هل يمكن اعتبار البويضة الملقحة (نطفة الأمشاج) كائناً بشرياً متكاملا له حقوق وهل يحق التصرف فيه؟

والجواب نجده في آيات القرآن الكريم عن مراحل خلق الإنسان، وسبحان الله فهي تتلاقى مع ثوابت العلم الحديث وتقنياته المبتكرة في رصد وتصوير مراحل خلق الجنين بالأرحام.

هل الرحم المستأجر يؤثر في صفات الجنين أو الموروثات ((الجينات)) التي يحملها؟

وللإجابة على هذا السؤال، علينا أن نعلم أن هناك تفاعلاً حيوياً وكيميائياً وبيولوجياً ربانياً بين الجنين والأم صاحبة الرحم المستأجر وثبت أن هناك كثيراً من الخفايا عن موروثات الجنين بالأرحام وأن هناك تكنيك فني لهذه الجينات ما زال في طي الكتمان ولا يعلمها إلا الله.

ويرى العلماء أن دم الأم بالرحم الموصول بالجنين من خلال المشيمة يتضمن المادة الوراثية، وإذا كانت حاملة لموروث جينى، أحد الأمراض

---

(١) تفسير القرآن العظيم للإمام الجليل الحافظ عماد الدين اسماعيل ابن كثير القريشى الدمشقى المتوفى سنة ٧٧٤ – المجلد الرابع – دار المعرفة للطباعة والنشر –بيروت لبنان ١٣٨٨- ١٩٦٩ وللمزيد انظر ص١٥٧.

(٢) البقرة ٢٣٣.

الوراثية، فإن ذلك يؤثر على الجنين، بل وقد يستمر تأثيره بعد ولادته فيرى أهل الطب أن حالة الإنسان الصحية طوال حياته تتحدد بالفعل أثناء التسعة أشهر برحم الأم. وتأكيداً لذلك فإن صفات الجنين قد تتأثر بالبيئة المحيطة به بالرحم، وهذا للعلم لا يلغي نظرية الوراثة.

والحقائق العلمية الموثقة بالصور ثلاثية الأبعاد لمراحل المضغة، قد نشرت حديثاً بمجلة العلوم الأمريكية، تشير إلى أن طور المضغة يبدو عليه نتوءات تجعله يظهر بالصور ككتلة بدنية، وكأنما مضغتها الأسنان (وكما وصفها القرآن) بل وجد أنه لا يوجد في بدايتها أية ملامح إنسانية لأي عضو جسدي، ولكن بمرور الأيام يتطور شكل المضغة فيظهر عليها براعم الأيدي والأرجل والرأس والصدر والبطن، وتتكون معظم الأعضاء الداخلية وتحتفظ بالرغم من كل ذلك بالشكل الخارجي ككتلة بدنية تشبه قطعة اللحم الممضوغة.

وهناك سؤال يطرح نفسه في ذهني وهو إلى من سينسب الولد هل لأبويه البيولوجيين أم لصاحبة الرحم المستأجر وزوجها؟

وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[1] وبالتالي سيكون الولد لزوج صاحبة الرحم المستأجر تكوين الطفل فسيولوجيا عن طريق الدم ونفسيا عن طريق البيئة المحيطة بهما مما له أثر في تكوين شخصية الولد ولكننا لابد من ألا ننكر دور الأبويين البيولوجيين أصحاب النطف المتكون منها هذا الطفل والحاملة للصفات الوراثية من الأبوين إلى الولد المتخلق في الرحم، الغريب في نظري أو البديل كما يقوله البعض، مما سبق يتضح لنا أن الولد الناتج سيكون له أبوان ووالدتان وهذا سوف يؤدى به إلى تشتيت في المشاعر والضياع لهذا الطفل.

وعملا بالقاعدة (درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة)[2] إذا سلمنا فرضا بأن توافر حالة الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة المتمثلة في صورة إنجاب الولد لمن حرمت منه عن طريق استئجار رحم هذا يعنى أن هناك مصلحة، لا أن المفاسد المترتبة على هذه المصلحة أكبر ومنها شبهة اختلاط الأنساب..

---

(١) صحيح البخاري – كتاب البيوع باب تفسير المشبهات رقم ١٩١٢.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢ – ٩٧.

ومن منطلق ذلك سنتناول عرض لآراء الرأي الثاني المعارض لعملية الرحم المستعار في المبحث الثاني - إن شاء الله تعالى- .

المبحث الثاني

الفقه الأسلامي القائل بحظر إستخدام الرحم

ذهب بعض الفقهاء[1] إلى حظر تأجير الأرحام، مستندا على الأدلة التالية:

١- يجب ألا يكون هناك طرف ثالث يتدخل ويتوسط علاقة الزوج بزوجه مهما كانت الأسلوبية، سواء عن طريق رحم مؤجر أو نقل حيوانات منوية أو نقل بويضات.

٢- إن عدم تأثير الجنين وراثيا من رحم الأم المستعارة ليس مؤكدا من الناحية الطبية، وذلك لأن الجنين يتغذى ويتأثر بالرحم، ونمو الجنين لا يعتمد فقط على كروموزومات الأم والأب، بل يتأثر بالبيئة المحيطة، وقد يؤدي سلوك تصرفات معينة إلى التأثير على الجنين وتشويهه كشرب الخمر.

٣- إن الأم المستعارة قد تؤثر سلبا على الجنين بالأمراض الفيروسية المنتقلة عن طريق المشيمة، أو ربما يصاب بالحصبة الألماني أثناء الحمل.

٤- إن هذه المسألة تثير العديد من المشاكل مثل من هي الأم الحقيقة؟ ولمن ينسب الطفل؟ وتحدث مشاكل إذا تم التلاعب بالأجنة، وهذا الأمر وارد.

٥- في مثل هذه العملية لا نستطيع ضمان رد فعل الأم المستعارة بعد الولادة، وقد حدث أن طالبت الأم المستعارة بالمولود مقابل دفع مبلغ طائل للوالدين.

٦- من الممكن أن يحدث حمل للأم المستعارة من زوجها الحقيقي، وهنا ستحدث مشاكل بينها وبين الأبوين الحقيقيين، وفي مثل هذه الحالة لا يستطيع الطبيب أن يجزم إذا كان الحمل عند الأم المستعارة نتيجة نقل البويضات الملقحة أم نتيجة حمل الأم المستعارة من زوجها، فوارد احتمال وقوع حمل للأم المستعارة قبل نقل الأجنة بأيام قليلة أو بعد أيام قليلة من نقلها.وتكمن هنا مشكلة

---

(١) يوسف عبد الرحمن الفرت/ رئيس قسم الشريعة في كلية دار العلوم- جامعة القاهرة.

أخرى، وذلك إذا حدث حمل توأم أحدهما ملك الأبوين الأصليين والآخر ملك الأم الحاضنة، وهذا الوضع غير مرغوب فيه

٧- قد اثبت علميا أن الرحم ليس مجرد وعاء لاحتواء الجنين بل هو يؤثر في الجنين، فمثلا الجهاز الشمعي يكتمل نموه عند الجنين في الأسبوع الحادي عشر، وهو يرتبط بدقات قلب أمه فالحمل عبارة عن تفاعل حيوي بين أنسجة الأم والجنين، فمثلا إذا زاد هرمون الغدة الدرقية في دم الأم الحامل أثناء الحمل يؤدي إلى اختلاط نشاط الغدة الدرقية للجنين، كلك إذا أصيبت الحامل بمرض السكر فيتأثر الجنين بذلك، وطبعا إذا حملت جين أحد الأمراض الوراثية فسيؤثر ذلك على الجنين، وسيدوم التأثير بعد الولادة، والأم المستعارة ستؤثر في تكوين الصفات الوراثية للجنين عن طريق (الرنا R.N.A) و(السيتوبلازم) والجهاز المناعي.

٨- إن عملية استئجار الأرحام مكلفة جدا وفي الوقت ذاته غير مضمونة، فنسبة نجاح هذه العملية قليلة، ٢٧٪ في أحسن الأحوال، وتحتاج إلى إعادة المحاولة أكثر من مرة، ويتم صرف آلاف الجنيهات لإجراء الأبحاث والتحاليل اللازمة، ناهيك عن أجور الأطباء والمستشفى والأم المستعارة

وقد صدرت عدة فتاوى[1] بعدم جواز استئجار الأرحام بجميع صوره، وقال إن التلقيح يجب أن يكون بين الزوج وزوجه فقط وإلا فهو حرام (لم يتطرق بفتواه إلى صورة زرع اللقيحة في زوجة أخرى للرجل).

أما التعليل الذي أورده سيادته فهو أن المسلمين يعرفون الأم في الرضاع وأحكام الأخوة في الرضاع، ويعرفون أن للمرء بأمه صلتين، صلة تكوين ووراثة أصلها المبيض وصلة حمل وحضانة أصلها الرحم ويطلقون اسم صلة الرحم مجازا على جميع هذه الصلات، ولكنهم لا يعرفون تشعب هذه الصلات كأن يكون التكوين من امرأة والحضانة في رحم أخرى، وليس واضحا ما حقوق هذه الحاضنة والأحكام المترتبة على ذلك.

---

(١) يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة للمرأة والأسرة. عمان: دار الضياء، ١٩٨٨، ص ١٤٨.

ونتيجة لذلك جاءت فتوى أخرى[1] كذلك يمتنع استئجار الأرحام لمنع الوقوع في الحرمة، ومنع ما يترتب عليه من آثار تضر المجتمع وينظمه والتي تفصح أن حديث الرجل إلى المرأة الأجنبية حرام حتى لا تخضع بالقول فيطمع الذي قلبه مرض. لأن الإسلام حرص على حفظ الفروج ومنع اختلاس النظر وخروج المرأة متعطرة، لأن ذلك يؤدي إلى الزنا، وكذلك خلوة الرجل بالمرأة الأجنبية محرمة، فما الحال باستئجار الأرحام، حتى أن دخول ماء الزوج إلى جسم الزوجة وقد خرج من جسد الزوج بطريق غير مشروع إثم كبير، فما الحال بالمرأة التي تدخل ماء رجل غريب إلى رحمها. فالأصل بالفروج أن تصان، والقاعدة الإسلامية تنص على تقديم المحرم على المبيح عند التساوي، وطبعا إذا تقابل في المرأة حل وحرمه تقدم الحرمة[2].

ونادى بعض الفقهاء[3] بأن عملية تأجير الأرحام في الإسلام محرمة وغير جائزة.

الدليل: أن عملية استئجار الأرحام تدعو إلى إشاعة الفاحشة بين المسلمين والله تعالى يقول: [إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ].

وكذلك يقول سيدنا رسول الله- ﷺ - في حجة الوداع :"إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا[4] فالأعراض لها حرمة مكة، وحرمة الأشهر الحرم وفي هذا دلالة على أهميتها واعتبارها في الشريعة الإسلامية، وقال ﷺ: " استحللتم فروجن بكلمة الله عندما أوصى بالنساء خيرا، وعرف أن الفرج لا تحل إلا بكلمه الله، والحل لا يكون إلا للأزواج الذين يجري على ألسنتهم وقلوبهم كلمة الله كذلك لا ننسى القاعدة الشرعية: أن الأصل في الأشياء الإباحة، والأصل في الإبضاع التحريم،

---

(١) فتوى الشيخ الجليل جاد الحق علي جاد الحق شيخ الأزهر رحمه الله

(٢) دكتور أحمد نصر الجندي ، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، ص ٢٠٩.

(٣) احمد الجندي: الأمين العام المساعد للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.
فقه النوازل، ص ٢٦٧

(٤) صحيح مسلم، باب حجة النبي ﷺ، ج٦، ص ٢٤٥

فإذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة، ولهذا لايجوز التحري في الفروج[1]. فالأصل المحافظة على الفروج وصيانتها من الحرام والشبهات، وهذا الإستقلال يدل على الحرمة، وعملية استئجار الأرحام عملية معقدة وليست بسيطة، وتجلب الكثير من المشقة والنزاع بين الأم والأم المستعارة، وذلك لأن الأم المستعارة ليست مجرد رحم أو وعاء للجنين، فالجنين في الرحم يتأثر عاطفيا ونفسيا بالأم الحامل[2].

وهناك فتوى اخرى[3] حيث افتى الشيخ وفق صور معينة لاستئجار الأرحام وهي:

- إذا حملت المرأة من ماءين أجنبيين أو من بيضتها وماء أجنبي فهو حمل سفاح محرم لذاته في الشرع تحريم غاية(لا مجال لإباحته)، والإنجاب منه يعتبر شر الثلاثة فهو ولد زنا.
- تلقيح ماء الزوجة بماء زوجها ولكن بعد وفاته وهذا حرام في الشريعة الإسلامية، وذلك لعدم قيام الزوجية.
- تلقيح بويضة الزوجة بالحيوانات المنوية التي للزوج وزرعها في رحم امرأة أجنبية، هذا حرام في الشريعة الإسلامية؛ لأن فيه اختلال لرحم الزوجية.ناهيك عن المنازعات القضائية على المواليد من هذه الطرق بين ذات الرحم وذات الماء[4].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٧ والاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى المتوفى سنة ٩١١ ه ص ٦٧ دار إحياء الكتب العربية.

(٢) دكتور أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، ص ١١٠ – ١١٢.

(٣) الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد: ولد عام ١٣٦٥ هـ. درس في الكتاب حتى السنة الثانية الابتدائي, ثم انتقل إلى الرياض عام ١٣٧٥ هـ. وفيه واصل دراسته الابتدائية, ثم المعهد العلمي, ثم كلية الشريعة, حتى تخرج عام ٨٧ هـ/ ٨٨ هـ من كلية الشريعة بالرياض منتسباً, وكان ترتيبه الأول. وفي عام ١٣٨٤ هـ انتقل إلى المدينة المنورة فعمل أمينا للمكتبة العامة بالجامعة الإسلامية. وكان بجانب دراسته النظامية يلازم حلق عدد من المشايخ في الرياض ومكة المكرمة والمدينة المنورة. ففي الرياض أخذ علم الميقات من الشيخ القاضي صالح بن مطلق, وقرأ عليه خمسا وعشرين مقامة من مقامات الحريري, وكان- رحمه الله- يحفظها, وفي الفقه: زاد المستقنع للحجاوي, كتاب البيوع فقط. وفي مكة قرأ على سماحة شيخه, الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز كتاب الحج, من (المنتقى) للمجد ابن تيمية, في حج عام ١٣٨٥ هـ بالمسجد الحرام. واستجاز المدرس بالمسجد الحرام الشيخ: سليمان بن عبد الرحمن بن حمدان, فأجازه إجازة

(٤) فقه النوازل، ص ٢٦٨

كما جاء رأى أحد فقهاء الشريعة الإسلامية[1] أن التلقيح بماء الأجنبي في الشريعة الإسلامية جريمة منكرة وإثم عظيم يلتقي مع الزنا في إطار واحد، جوهرهما واحد ونتيجتهما واحدة، وهي وضع ماء لرجل أجنبي قصدا في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقدٌ أو ارتباط بزوجة شرعية، ولولا قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحال هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلهية وحرمته[2] ويقول أيضاً: إذا كان التلقيح البشري بغير ماء على هذا الوضع وبتلك المنزلة كان دون شك أفظع جرما وأنكر من التبني لأن الولد المتبنى المعروف للغير ليس ناشئا عن ماء أجنبي عن عقد الزوجية، إنما هو ولد ناشئ عن ماء أبيه ألحقه به رجل أخر بأسرته وهو يعرف أنه ليس حلقة من سلسلتها، غير أنه أخفى ذلك عن الولد ولم يشأ أن يشعره أنه أجنبي فجعله في عداد أسرته، وجعله أحد أبنائه زورا من القول، واثبت له ما للأبناء من أحكام. أما ولد التلقيح فهو يجمع بين نتيجة التبني وهي إدخال عنصر غريب في النسب، وبين الزنا في إطار واحد تنفر منه الشرائع والقوانين، ويستاء منه المستوى الإنساني الفاضل وينزلق به إلى المستوى الحيواني الذي لا شعور فيه للأفراد برباط المجتمعات الكريمة، وحسب من يدعون إلى تلك النتيجة المزدوجة التي تجمع بين الخستين، دخل في النسب أو عار مستمر إلى الأبد[3].

ومحصلة ما سبق يعد من الادلة التى يترتب عليها التحريم

ب . مبررات حظر تأجير الأرحام:

استدل أصحاب الرأي الثاني القائلون بعدم جواز الحمل عن طريق الرحم المستأجر مطلقا بما يلي[4]:

---

(١) الشيخ محمود شلتوت رجل دين إسلامي مصري وشيخ الجامع الأزهر 1958 - 1963 عضوا بمجمع اللغة العربية سنة ١٩٤٦ وكان أول حامل للقب الأمام الأكبر. ولد الشيخ محمود شلتوت بمحافظة البحيرة سنة ١٨٩٣.

(٢) غوية، سمير. المتاجرة بالأمومة والاعضاء البشرية. القاهرة: ستاربرس للطباعة والنشر، ١٩٩٩، ص ٨٧.

(٣) السعدي، عبد الملك. العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة الإسلامية. القسم الأول، جدة: دار البيان العربي، ١٩٨٥، ص ١١٠،٢-

(٤) جريدة اللواء الإسلامي ص ١٦ العدد ٩١٩ بتاريخ ٢٢ جمادى الأولى ١٤٢٠ – ٢ سبتمبر ١٩٩٩م وفيها مقال للأستاذ الدكتور محمد رافت عثمان – كتاب فتاوى =

أن الإنجاب بالاستعانة لتأجير الأرحام ترفضه الشريعة الإسلامية وكذلك جميع الشرائع الأخرى، لذلك ذهب جمهورالعلماء المعاصرين إلى حرمة هذه الوسيلة وعلى أساس ذلك:

"صدر قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر رقم ١ بجلسته المنعقدة يوم الخميس ٢٩ مارس ٢٠٠١ م وقرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في الفترة من - يوم السبت ٢٨ ربيع الآخر ١٤٠٥هـ إلى يوم الاثنين ٧ جمادى الأولى ١٤٠٥ ه الموافق من ١٩ : ٢٨ يناير ١٩٨٥م"[١].

١ـ الحجة الأولى: مخالفة عملية الرحم المستأجر مع نصوص القرآن والسنة:

استدل أصحاب هذا الرأي في معارضتهم إلى قول الله تعالى[٢] "والحافظين فروجهم والحافظات " وفى القرآن أيضاً قول الله تعالى: "والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن أبتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون"[٣] والمقصود هنا لقوله تعالى " العادون " أي المجاوزون الحد، من عدا، أي: جاوز الحد وجازه[٤].

والآية وإن كانت خطابا للرجال، فهي تفيد أن الأصل في الفروج الحرمة[٥] ومن ثم الحكمة من تحريم هذه الصورة أن استئجار الرحم لأجل الحمل

=

معاصرة ١/ ٥٦٧ للدكتور يوسف القرضاوى – مجلة الوعى الإسلامي العدد ٢٥٩ رجب ١٤٠٦ – فتاوىعلى الطنطاوى ص ١٠٦ الطبعة الثانية ١٩٨٦م – د/ سعاد صالح – وذهب كذلك إلى هذا الرأى د/ عبد الله مبروك النجار وانتهى إلى ذلك الرأى مجمع البحوث الإسلامية بالازهر الشريف

(١) http; www. Dar- alifta. org / View R esearch. aspx ? ID= 38
(دار الافتاء المصرية – مصدرها مركز الأبحاث الشرعية –تاريخ ٢٠٠٧/٨/٢٠ – موضوعها تأجير الأرحام)

(٢) سورة الاحزاب – الآية ٣٥

(٣) سورة المؤمنون – الآية ٥- ٧ والمعارج ٢٩- ٣١

(٤) الجامع لاحكام القرآن للإمام القرطبي: ١١/ ٩٨ ط. دار الفكر. بيروت ١٤١٩ه

(٥) قال ابن العربى: من غريب القرآن أن هذه الآيات العشر (أي فى أول سورة المؤمنون) هى عامة فى الرجال والنساء كسائر الفاظ القرآن التى هى محتملة لهم فإنها عامة فيهم إلا قوله: (والذين هم لفروجهم حافظون) فإنه خطاب للرجال خاصة دون النساء بدليل قوله: إلا على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم فإنهم غير ملومين) وإنما عرف حفظ المرأة فرجها من أدلة أخرى، كأيات الاحصان عموما وخصوصا وغير ذلك من الأدلة (أحكام القرآن لابن العربى ٣/ ٣١٤).

عقد إجارة غير شرعي، والإجارة على المحرم محرمة وبالتالي المرأة لا تملك تأجير رحمها فلا تباح بالإباحة؛ لأن الرحم يندرج تحت موضوع الفروج[1] والأصل في الفروج الحرمة[2].

ومما لا شك فيه، أن أعباء الحمل ومتاعب الوضع، هي التي جعلت للأمومة فضلاً أي فضل، وحقا أي حق، وهي التي نوه بها القرآن الكريم وفي قوله تعالى [وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْناً عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ][3].

ومعنى وهنا على وهن: أي ضعفت ضعفا للحمل وضعفا للطلق وضعفا للولادة، فنحن نمنع ضرر امرأة تتمنى الحمل ولكنه يتعذر عليها ونوقع ضرر على امرأة تتحمل متاعب الحمل والولادة وفى النهاية لا تتمتع بالوليد الذي أنجبته، هذا بالإضافة إلى أنها ممكن أن تكون متزوجة فسترد عليها شبهة اختلاط الأنساب وأن كانت غير متزوجة فسوف تعرض نفسها للقذف وقول السوء.

وجدير بالذكر نرى أن القرآن الكريم أكد على حق الأم وهو السر كذلك وراء تكرار قوله ﷺ الوصية بها، وتأكيد الأمر ببرها وتحريم عقوقها، وجعل الجنة تحت أقدامها[4].

والدليل على أن الأصل في الأبضاع التحريم قوله ﷺ (اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله[5].

فالمقصود من قوله ﷺ من كلمة "استحللتم" أي طلبتم الحل بعقد الزواج بعد أن كان محرماً أصلا، وهذا معناه قطعا أن اصل النساء المنع والحظر[6].

---

(١) دراسات فقهية فى قضايا طبية معاصرة: ٨٠٧/٢

(٢) الفروق للإمام القرافى: ١٣٠/٣.

(٣) سورة لقمان ايه – ١٤

(٤) تفسير وبيان مفردات القرآن، ص ٤١٢، د/ يوسف القرضاوى فتاوى معاصرة ج١ ص ٥٦٨.

(٥) اخرجه مسلم فى كتاب الحج – باب حجة النبى ﷺ – ٥٦٥/٤ حديث رقم (٢٩٠١)

(٦) تأجير الأرحام حرام حرام. .... رد وتعقيب: د/ عبد القادر محمد أبو العلا – ص ٣٤ – بحث بمجلة كلية الشريعة والقانون بأ سيوط العدد الثالث عشر – الجزء الأول ١٤٢٢ / ٢٠٠١م.

ويرى بعض الفقهاء[١] وجود ارتباط شرعي بين حق الإنجاب من رحم معين وجواز الاستمتاع الجنسي بصاحبة هذه الرحم:

من له الحق الاستمتاع الجنسي بامرأة له حق شغل رحمها بالحمل منه، ومن ليس له حق الاستمتاع الجنسي بامرأة ليس له حق شغل رحمها بالحمل منه وأما الدليل على أن من ليس له حق الاستمتاع الجنسي بامرأة ليس له حق شغل الرحم بالحمل منه، فإن الزاني بامرأة متزوجة لا ينسب الولد إليه بل ينسب إلى زوج المرأة يؤيد هذا قول الرسول- ﷺ - الولد للفراش، وللعاهر الحجر أي الولد ينسب لصاحب الفراش وهو الزوج.

نرى أن الثانية: سابق ربط بين حق الاستمتاع على الرحم نفسه الذي يحمل وبين حدوث الإنجاب هذا ليس في كل الأحوال فيمكن أن يحدث الحمل دون حدوث الاستمتاع لوجود علة بأحد الزوجين ولكننا نرى أن الارتباط الشرعي يجب أن يكون مغزاه هو عقد الزواج وليس حق الاستمتاع الجنسي.

٢ـ الحجة الثانية: تعارض عملية استئجار الأرحام مع غريزة الأمومة:

مما لا شك في أن عملية استئجار الأرحام سوف يتولد عنها أمومة مشتتة لكونها لما يترتب عليها من مشاعر عكسية تجاه الطفل الناتج من جراء هذه العملية مما قد يؤدى إلى التفكك الأسرى هذا بالإضافة إلى المشاكل التي سوف تنشأ على أثرها بين أطرافها.

جاء في بدائع الصنائع: "الأصل في الأبضاع[٢] الحرمة والحظر"[٣] والشاهد في كلام الأمام الكاسانى والإمام الزركشى: أن الأصل في الأبضاع الحرمة والحظر فلا تباح بالاستئجار، وبناءا على ما سبق فإن العقد على إجارة رحم يعد إجارة لمنفعة الرحم ابتداء ولكن في الحقيقة هو بيع للطفل المولود انتهاء

---

(١) د/ محمد رافت عثمان ويربط سيادته بين حق الاستمتاع بحق الإنجاب تأجيرالأرحام فى الفقهالاسلامى د/ نجاح عثمان ابو العنن الطبعة الأولى دار الوفاء ص ٥٥ ٢٠٠٢ م

(٢) الأبضاع جمع بضع – والبضع بضم الباء الجماع – وبضع المرأة فرجها – معجم لغة الفقهاء ص ٨٨.

(٣) بدائع الصنائع – ٥/ ١٨٤.

إجارة لمنفعة الرحم ابتداء ولكن في الحقيقة هو بيع للطفل المولود انتهاء وبيع الحر حرام[1].

بناء على ما تقدم نرى أن عملية تأجير الأرحام[2] تشوه معنى الأمومة كما فطرها الله، وكما عرفها الناس؛ لأن القول به يؤدي إلى أن صاحبة البيضة والتي كل ما قامت به، ويصلها بهذا المولود أنها أنتجت يوما ما بيضة أفرزتها بغير اختيارها وبغير مكابده ولا مشقة عانتها من إفرازها تكون هي الأم الحقيقية، أما المرأة التي حملت الجنين في أحشائها وغذته من دمها أشهرا طوالا حتى غدا بعضا منها وجزء من كيانها، واحتملت في ذلك مشقات الحمل وأوجاع الوحم والأم الوضع ومتاعب النفاس، فهذه مجرد "مضيفة" أو "حاضنة" تحمل وتتألم وتلد، فتأتي صاحبة البيضة، فتنزع مولودها من بين يديها دون مراعاة لما عانته من الأم وما تكون لديها من مشاعر، كأنها مجرد "أنبوب" من الأنابيب، لا إنسان ذو عواطف وأحاسيس، فمعنى الأمومة التي عظمتها كتب السماء، ونوه الحكماء والعلماء، وتغنى بها الأدباء والشعراء، ونادت بها الشرائع أحكاما وحقوقا عديدة، وجدير بالذكر أن الأمومة التي تحمي أرقي عواطف البشر وأخلدها وأنقاها لا تتكون هذه الأمومة الشريفة من مجرد بيضة أفرزها مبيض أنثى ولقحها حيوان منوي من رجل، أنما تتكون من شيء أخر بعد ذلك، أن المعاناة والمعايشة للحمل أو الجنين تسعة أشهر كاملة، يتغير فيها كيان المرأة البدني كله تغيرا يقلب نظام حياتها رأسا على عقب، ويحرمها لذة الطعام والشراب والراحة والهدوء، أنه الوحم والغثيان والوهن طوال مدة الحمل، وهو التوتر والقلق والوجع والتأوه والطلق عند الولادة، وهو الضعف والهبوط والتعب بعد الولادة، إن هذه الصحبة الطويلة – المؤلمة المحببة – للجنين بالجسم والنفس والأعصاب والمشاعر هي التي تولد الأمومة، وتفجر نبعها السخي الفياض بالحنو والعطف والحب، هذا هو جوهر الأمومة وعطاء وصبر واحتمال

(١) مطالب أولي النهى فى شرح غاية المنتهى: تاليف مصطفى بن سعد بن عبد الرحيبانى – الأمام الحنبلى ٥٤٩/٢ وقد جاء فيه " الحر لا يباع ولا يشترى " الناشر المكتب الإسلامي، بيروت (بدون تاريخ ٩).

(٢) د/ عطا السنباطى ص ٢٦٢ – بنوك النطف والأجنة ٢٠٠١ م.

ومكابدة ومعاناة ، ولولا هذه المكابدة والمعاناة ما كان للأمومة فضلها وامتيازها، وما كان ثمة معنى لاعتبار حق الأم أوكد من حق الأب.

قوله تعالى: [وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ❁ إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ❁ فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ][1].

فالله تعالى يوصي الإنسان بالحفاظ على أعضائه وعلى أشدها خطورة وهي الفروج، فشددت الشريعة الإسلامية في رعايتها والاهتمام بشأنها ما لم تهتم بغيرها، ولم تفرط باستباحتها إلا بتفويض منها، فجعلت الإنسان يموت دون عرضه، ورخصت إراقة دماء بعض النفوس المشركة لها، ولكن جعلت لهذا الحفاظ حدا تقف عنده ولا تتجاوزه ألا وهي الزوجية وما أحله الله من السرايا والإماء. وبينت مدى طموح النفس لهذا الأمر وجعلت النفس التي تطلب أمرا تستمتع به بعد ذلك معتدية ومتجاوزة لحدود الله فليس شيء أدل على تحريم التمكين من الفروج لغير الأزواج من وصف ذلك بالاعتداء والاعتداء محرم يكرهه الله، والمرأة التي لم تحفظ فرجها من مني الأجنبي ولم تقتصر على مني زوجها متعدية الحد.

وهذا تأكيداً لقوله - ﷺ - : "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الأخر أن يسقى ماؤه زرع غيره"[2].

ج ـ تقييم الباحثه:

- بداية نحن مع الرأي القائل بأن عملية الرحم المستأجر تشوه معنى الأمومة وأن الدور الوحيد لصاحبة البويضة يقتصر على إفراز البييضة دون عناء، ولكني لا أوافقه في وصفة لصاحبة الرحم المستأجر حيث إنه صورها وكأنها مغلوب على أمرها وأغفل أنها تقوم بكل ذلك مقابل اجر مادي أي أن الموضوع أصبح مهنه أو تجارة تقوم بها أو مقايضة إنجاب طفل مقابل المال.

ورأى أنه في الحالتين التجريم للاثنتين معا.

---

(١) (المؤمنون: ٧).

(٢) أخرجه أبو داوود ٤٩٧/١، والترمذي ٤٣٧/٣، وصححه ابن حيان وحسنة البزار.

- القول بإباحة الحمل عن طريق الأم المستأجرة يؤدي إلى كثير من المشاكل والمضار غير ما سبق ومنها ما يلي:

- إننا في بيئة عربية للمرأة فيها مكانة مميزة، سواء أكانت بنتا أم زوجة أم أما، وتستمد المرأة هذا الوضع من الشريعة الإسلامية عامة والشرائع الأخرى خاصة وعليه فإذاً أجيز لها الحمل باستئجار رحم غيرها، فإنها إما أن تكون متزوجة أو غير متزوجة، فإذاً كانت متزوجة فإنه سيثار حولها فتنة اختلاط الأنساب، أما إذا لم تكن متزوجة فستكون هناك قالة السوء على تلك المرأة التي حملت، إذا فهناك إضرار بالمرأة لأنها ستكون هي المظلومة في هذا الوضع، وهذا طبقا للقاعدة الفقهية الضرر يزال وسنتناول ذلك من خلال حكم المرأة المتزوجة والمنفردة.

وفي رأى أن اختلاط الأنساب أو قالة السوء على المرأة الغير متزوجة ليست من المشاكل المترتبة على عملية الرحم المستأجر، بالنسبة إلى اختلاط الأنساب علميا لا يتم؛ لأنه مجرد أن يتم التخصيب يتكون غلاف يحيط بالبويضة المخصبة يمنع دخول أي نطفة ذكرية أخرى سواء أن كانت النطفة الذكرية لزوج صاحبة الرحم المستأجر أو لزوج صاحبة البويضة، أما بالنسبة إلى أقاويل السوء التي تتعرض لها المرأة الغير متزوجة صاحبة الرحم المستأجر، أعتقد أن المرأة التي سمحت لنفسها في إجراء مثل هذه العملية فلن تبالي بمثل هذه الأقاويل.

- إن القول بإباحة استئجار الأرحام سيفتح الباب على مصراعيه لكل من رغبت في الإنجاب دون حمل أو مجهود وذلك لرغبتها في الحفاظ على رشاقتها أو من يريد من زوجته جيش من الأولاد بماء زوجته الذي يفرز كل شهر عن طريق تحريضه بالأدوية ثمانية بيضات في المتوسط صالحة بعد التخصيب، حيث يمكن أن تنجب بعدد البيضات التي منحها الله لها والتي تبلغ حوالي أربعمائة بيضه، من الجنسين[1].

---

(١) كما أن في القول باباحة الحمل عن طريق الأمهات البديلات ضياع لذاتية ةشخصية المرأة والطفل في أن واحد عندما تتحول المرأة محضنة أو مفرخة بشرية ويتحول الطفل إلى سلعة يناقش ثمنها. علأوة على مايؤدي إليه ذلك من تأثير سيء على النسل بإختيار حاضنات على نحو متكرر أو إستغلال نساء من طبقات اجتماعية محرومة، كما أنه ينكر =

- إن في القول بجواز الاستعانة بأرحام المتزوجات سوف يترتب عليه فتنة اختلاط الأنساب، وهذا ما أكده المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقررابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، في الفترة من يوم السبت ٢٨ ربيع الآخر سنة ١٤٠٥ هـ، إلى يوم الاثنين ٧جمادي الأولى سنة ١٤٠٥ الموافق ١٩ - ٢٨ يناير سنة ١٩٨٥ م، فبعد أن أجاز ذلك في الزوجة الأخرى "الضرة"، رجع عن رأيه قائلا: "إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بيضة الزوجة الأولى قد تحمل الثانية، قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من ولد معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثم تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البيضة من أم ولد معاشرة الزوج، كما قد تموت علقة أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الآخر الذي لا يعلم أيضاً اهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة ولد الزوج، ويوجب ذلك من اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين، والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، وأن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة، كما استمع المجلس إلى الآراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرون في المجلس والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج في حاملة اللقيحة، واختلاط الأنساب على النحو المذكور في الملاحظات المشار إليها. وبعد مناقشة الموضوع وتبادل الآراء فيه قرر المجلس سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع المشار إليه من قرار المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة سنة ١٤٠٤ هـ، وما ذهب اله مجلس المجمع الفقهي من تعليل لعدم الجواز قد وقع بالفعل في المانيا[1].

= علاقة الرحم التي تنشأ بين الأم ووليدها والتي يكون لها أكبر الاثر على حسن تنشئة الطفل.

(١) فقد عرض على القضاء قضية هي الأولى من نوعها حيرته، واثارت الفقه للتنديد بالنقص التشريعي هناك وتتلخص هذه القضية في أن امرأة لا ستطيع الحمل اتفقت مع امرأة أخرى على حمل الطفل، مقابل ٢٧ الف مارك الماني تدفع عند الطلب، وبعد تسعة اشهر جاءت المولوده (Michaela) وتسملها ابواها الموصان عليها، وقبضت الأم الحامل المقابل، لم يثار ادنى شك لدى الجميع في ابوة الطفلة، وبعد عام من الولادة والتسليم تم إجراء تحليل دم للطفلة الذي أوقع المفاجأة على الجميع، وكانت =

إن في القول بجواز الحمل من خلال استئجار الأرحام يعتبر ناقوسا للخطر يشير إلى تفكك الأسر ومنازعات لا حصر لها بين الأم البيولوجية والأم بالرحم[1] وتأكيد اعلى ذلك نشير إلى ما رواه الترمذي: "حدثنا على بن حجر وهند قالا: حدثنا إسماعيل بن عياش حدثنا شرحبيل بن مسلم الخولانى عن أبي إمامة الباهلى قال: سمعت رسول الله _صل الله عليه وسلم_ في خطبة عام حجة

=

زوجة الأب البيولوجي قد تبنت الطفلة بالفعل؛ حيث جاءت النتائج مؤكدة أن الطفلة نتجت من علاقة عادية بين الأم الحامل وزوجها (زوج الأم بالانابة) وأن محاولات التخصيب لم تنجح، ورغم ذلك لم تسترد الأم بالرحم طفلتها لأنها كانت قد تسلمت المبلغ المذكور.. أنها حضارة القرن العشرين حيث يبيع المرء ولده مقابل مبلغ من المال.

(١) من السوابق القضائية التى عكست الينا مثل هذه المشاكل:
عندما وافقت (ريتا باركر) على أن تكون أما بديلة – أي تحمل طفلا زوجين هما "بولين" و"هاري تايلر" –وذلك مقابل أجر !! وتم الحمل بالفعل من اللقيحة المكونة من بيضة "بولين تايلر" والمخصبة بحيوان منوي من ماء زوجها "هاري تايلر"، وبدأ "هاري تايلر" يتردد على المرأة التي حملت له ولده، وبدأت المشاكل تظهر، فالأم صاحبة الرحم المستأجر وقعت في حبه وغرامه وزنى بها، والزوجة الاصلية شعرت بالغيرة من عملية الحمل التي تكون طرفها من الناحية البيولوجية فقط، وبدأ الشقاق في الاسرة التي كانت تتمتع بقدر كبير من السعادة والاستقرار حتى ذلك الوقت، والأم البديلة "ريتا باركر" رفضت تسليم الوليد الذي حملته إلى صاحبة البيضة، واحتفظت به لنفسها بعد ولادته، وأن مشاعرها تغيرت بالحمل والولاده، أنها تشعر أنها أم ذلك الطفل ولا تستطيع التفريط فيه ورفع الأمر إلى القضاء، والقضاء في حين امره.
والذين لا يعترفون بالمشاعر أو النواحي الإنسانية، قالوا: لا بأس أنه يتمكن التغلب على هذه المشاكل بالسيطرة على العناصر البشرية فيها، عن طريق عقد قانونى بين الأطراف المعنية !! وقد حدث عكس ذلك في امريكا، حيث استأجر زوجان امرأة متزوجة لكي تقوم بدور صاحبة الرحم المستأجر مقابل مبلغ معين وتم شتل النطفة الأمشاج والمكونة من الزوجين في رحمها، وبعد الولادة تبين أن الطفل معاق ومصاب بنقص بالغ في حجم دماغه، بحيث سيظل طيلة حياته متأخرا عقليا، فرفض الزوج الاعتراف بالطفل، كما رفض أداء اجرة "الكراء" المتفق عليها بدعوى أنه ليس هو الأب لذلك الطفل، وحكمت المحكمة بإلحاق الولد بالزوج المكترى بناء على التحاليل الطبية، ولكن بالفعل رض الزوجان أن يعيش الولد معهما وبقى في دار حضانة تحملت مصاريفها شركة من شركات التامين.
كما حدث عكس ذلك في بريطانيا ايضا:
- وامرت المحكمة الأم المستأجرة في يناير سنة ١٩٨٥ عند ولادة الطفل بالاحتفاظ به، وتقول الفتاة "دو مينكوجيرو" "Dominique Guerreo" البالغة من العمر ٥٢ عاما والتي تعمل كرحم ظئر في شركة "ستوركس" "Storkes" في الولايات المتحدة أنها تعتقد أن أم الطفل هي التي تحمله وتلده لا تلك التي تدفع النقود فقط.

الوداع يقول أن الله قد أعطى لكل ذي حقا حقه فلا وصية لوارث ؛ الولد للفراش وللعاهر الحجر وحسابهم على الله ، ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة إلى يوم القيامة ، وقال ﷺ : "إياكم وخضراء الدمن ، وهي المرأة الحسناء في المنبت السوء"(١) لوجدنا أن هذه التوجيهات النبوية الشريفة تشير إلى علم الوراثة وهذا ما عهدناه في ديننا الحنيف.

وعلى هذا فالتلقيح بهذه الصورة يكون مفسدة ويحرم فعله ، ومن يفعل هذا يكون قد أفسد خليقة الله في أرضه(٢).

المبحث الثالث

موقف الفقه الإسلامي من إستخدام رحم الضرة(٣)

---

(١) مسند الشهاب القضاعي ، باب اياكم وخضراء الدمن ، ج٣ ، ص ٤٦٨.

(٢) المتاجرة بالأمومة والأعضاء البشرية ، - د. سمير غويبة ، مكتبة مدبولي الصغير، ط١ ١٩٩٩م ستار برس للطباعة والنشر، الهرم القاهرة ، ص ٩٠.

(❖) أن الاجنبية قد تحمل بتوامين مختلفين _ في مصدر البييضات) كان تؤخذ بيضة مخصبة من شخصين ، وبيضة أخرى مخصبة من شخصين اخرين (زوج وزوجة اخرين) ويزعان في رحم هذه الاجنبية فتحمل بتوامين ، وقد حدث ذلك بالفعل : قد نشرت صحيفة (الجارديان) في لندن احدث فضيحة من فضائح أستئجار الأرحام – Rent Wombs)) حول السيدة "انجيلا" التي اجرت رحمها لأسرة غير القادرة على الإنجاب ، ولكن الغريب الذي حدث هو قيام الطبيب المختص بغرس جنينين في رحمها مرة أخرى : أحدهما لصالح إحدى الاسر والآخر لصالح أسرة أخرى. وقد تم هذا في شهر سبتمبر ١٩٩٦م. وينمو الجنينان نموا طبيعيا في رحم انجيلا رغم شجب الأوساط الدينية (كما حدث من ممثل الفاتيكان – "جينوكو نسيتي" في احدى المجلات الايطالية) لهذا السلوك الغريب والشائن ، ولقد دافعت انجيلا عن نفسها وتذرعت بانها تقوم بإدخال السرور على الأسر العاجزة عن الإنجاب.. ولكن الأكثر غرابة هو ماسيقع عند الولادة ، فلمن ياترى يعطي المولود الأول ، ولمن يعطى المولود الثاني ، وهما المولودان اللذان سيولدان في ولادة واحدة !؟ ، وأجاب الطبيب المختص بأن فصيلة دم المولود التي ستحدد ابويه الحقيقين وبالتالي فلا حيرة إذا ولا لبس في تحديد هوية كل من المولودين بعد ولادتهما. ولكن ردت هذه الاجابة بأن معرفة فصائل الدم تستخدم في نفي النسب ، أما في مجال إثبات النسب فإنها تصلح أن تكون رينة ترجيحية في وجود عقد زواج صحيح لقوله – ﷺ – "الولد للفراش" فهي إذا ليست قرينة قاطعة أو دليلا مستقلا أما في حالة عدم وجود عقد زواج صحيح فإنها لا تصلح دليلا لإثبات النسب لكثرة التكرار للفصائل التي اكتشفها العلم حديثا بين الأفراد.

(٣) وجديرا بالذكر ايد المؤتمر الإسلامي الذى عقده المجمع الفقهى الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة سنة ١٤٤٠ ولكنه سرعان ما تراجع عن هذا الرأى في دورته الثامنة المعقدة سنة ١٤٠٥ – طفل الأنبوب ص ١٢٣ ، ١٢٤ للدكتور محمد على البار – مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٥١٥ ، ٥١٦ طبعة سنة ١٩٨٧ م

وتتلخص هذه الصورة في أن رجلا له زوجتان وكانت أحداهما عقيما فأخذت ببيضة منها ولقحت بماء زوجها وزرعت نطفة الأمشاج في رحم زوجته الأخرى السليمة فحملت ثم ولدت وليد بنطفة زوجها وبييضة ضرتها.

نجد أن العلماء اختلفوا فيما بينهم على هذه الصورة وسنقوم بعرض تلك الآراء:

الاتجاه الأول:

فإذا كانت الأم بالرحم المستأجر زوجة أخرى (ضرة) لزوج صاحبة البيضة المخصبة فإنه في هذه الحالة يجوز للضرورة وعند الحاجة غرس ببيضة ضرتها المخصبة بنطفة زوجها وينسب الولد في هذه الحالة لصاحبة البيضة المخصبة من زوجها.

الاتجاه الثاني:

أما إذا كانت الأم البديلة أجنبية فإنه لا يجوز، وإذاً وقع بالفعل فإن الولد ينسب لها لا لصاحبة البيضة المخصبة.

جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي لرباطة العالم الإسلامي في دورته - السابعة سنة ١٤٠٤هـ - بعدما نظر في الدراسة التي قدمها أحد أعضاء المجلس...."[1].

الأسلوب السابع "هو السادس نفسه – أي أن يجري بالدراسة. في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين ثم زرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها – إذا كانت المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة فتتبرع لها ضرتها لحمل اللقيحة عنها، وهذا الأسلوب لا يجري في البلاد الأجنبية التي يمنع نظامها تعدد الزوجات، بل في البلاد التي تبيح هذا التعدد.

حيث يقول الزرقا[2].. وهذا وأن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بعد النظر فيما تجمع لديه من معلومات موثقة، كما كتب ونشر في هذا الشأن، وتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها لمعرفة حكم هذه الأساليب المعروضة وما تستلزمه قد انتهى إلى القرار التفصيلي التالي:

---

(١) العضو د/ مصطفى الزرقا الإنجاب فى ضوء الإسلام ص ٣٢٠، ٤٨١ – طفل الأنبوب ص ١٣٦ د/ محمد علي البار.
(٢) د/ مصطفى الزرقا – المرجع السابق

إن الأسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبيضة من زوجين، وبعد تلقيحها في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضرتها المنزوعة الرحم، فيظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة.

وفي حالات الجواز يقرر المجلس أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدر البذرتين، ويتبع الميراث والحقوق الأخرى بثبوت النسب، فحين يثبت نسب المولود من الرجل والمرأة يثبت الإرث وغيره من الأحكام بين الولد ومن التحق نسبه به، أما الزوجة المتطوعة بالحمل عن ضرتها (في الأسلوب السابع المذكور)، فتكون في حكم الأم الرضاعية للمولود لأنه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضع الذي يحرمن النسب.. ويختم مجلس المجمع الفقهي قراره بقوله: " هذا ونظرا لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملابسات حتى في الصور الجائزة شرعا ومن احتمال اختلاط النطف واللقائح في أوعية الاختبار، ولاسيما إذا كثرت ممارسته وشاعت، فإن مجلس المجمع ينصح الحريصين على دينهم أن لا يلجؤا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف واللقائح".

وممن ذهب إلى هذا الرأي[1] يرى جواز تبديل الرحم لحاجة العلاج في حالة محددة وهى حالة الرجل المتزوج بامرأتين أحداهما تعانى من عيوب في الرحم يستحيل معها الإنجاب[2].

فيجوز لها بضوابط معينة أن تعير الزوجة الأخرى رحمها لاحتضان طفلها المتخلق من بويضة الأم العقيم الملقحة بنطفة زوج كل منهما، ويبرر أصحاب هذا الرأي في إجازتهم لهذه الوسيلة على الحفاظ على الأسرة العقيم من

(١) د/ طارق أبو حوة المرجع السابق ص ٢٥١ ويقول سيادته لجيز تبديل الرحم لحاجة العلاج فى حالة محددة وقد ذهب مجمع الافتاء بالمملكة العربية السعودية إلى عدم اجازة هذه الحالة التى نقول بجوازها.

(٢) وقد مجمع الافتاء بالمملكة العربية السعودية فى بداية اجازة هذه الحالة ثم تراجع بعد ذلك وعاد يحرم هذه الحالة / راجع د/ عطا السنباطى المرجع السابق ص ٢٦٦ – ٢٦٧ د/ طارق أبو حوه المرجع السابق ص ٢٥١.

التفكك بالطلاق نتيجة لعدم الإنجاب مع العلم بأن وجود مني الرجل المتزوج بامرأتين في رحم أحداهما لا يكون شبيها بالزنا مطلقا، لأنه يكون مستقرا في حرثه الشرعي غاية الأمر أن منيه لقح بويضة زوجته العقيم ليستقر في رحم زوجته الأخرى وكلتا الزوجتين حرثا له، وحينئذ يمكن اختزال معظم المشكلات الشرعية التي تقف في سبيل إجازة الرحم المستأجر، خاصة مع الأخذ بالرأي الذي يرجحه أنصار هذا الرأي من ثبوت النسب للأم الجينية، الأمر الذي يقطع في كافة المنازاعات التي يمكن أن تثور بين المرأتين حول نسب الطفل، حينئذ يمكن أن توصف مسألة إستبدال الأرحام بالعمل الإنساني الذي ليس فيه مخالفة للشرع.

تعليق الباحثة:

يجب ألا نتفق مع الرأي السابق حول إجازة استعانة الزوجة العقيم برحم ضرتها للحمل بدلا منها،

ونريد ان ننوه بداية أن الإسلام كرم المرأة، وجعل لها من الكرامة والعزة ما يجعلها ترفض بأن تكون مجرد وعاء مجرد من المشاعر الإنسانية التي خصها بها إلى أعلى وجه الخصوص، وذلك لما تتحمله من أعباء في حياتها منذ حملها بجنينها المتخلق من جسدها وحتى أن يصبح إنسانا ناضجا.

فالمشكلة هنا تنحصر فى أحقية الأم بالمولود ولا دخل للأب فى هذا الحق، فبمجرد موافقة الأم بالرحم على الحمل بدلا من ضرتها فهذا يعد تنازلا منها لضرتها بالمولود وهذا لا يجوز قانونا ولا شرعا، ولا يختلف الحكم من وجهة نظرنا عما إذا كان هذا الحمل تم ببييضة الزوجة العقيم أو ضرتها.

وانطلاقا من ذلك نجد أن عقد الزوجية المنعقد بين الزوجة المستعار رحمها لحمل البييضة المخصبة من زوجها عبارة عن رخصة لتقنين ذلك الوضع ليس إلا، والدليل على ذلك أن الزوج لجأ إلى هذه الوسيلة ليس طلبا في الولد الذي يقدر أن ينجبه من زوجته السليمة مباشرة فحسب، بل للإنجاب من المرأة العقيم بالتحديد.

وبالتالي سوف يحرم ما حلله الله من حيث فقدانه لسبب من أسباب الزواج التي تؤدى إلى بطلانه وفى رأينا هذا تحايل على قضاء الله - جل شأنه - الذي قسمه له.

نرى أن مشكلة تأجير الرحم لا تقتصرعلى مسالة وضع اللقيحة في حرثها الشرعي بل تمتد إلى أبعد من ذلك، وهو أن الهدف من الزواج هو إقامة حياه للفرد مستقرة متكاملة بين أعضاء الأسرة التي سوف تكون نتيجة لثمرة هذا الزواج، فكيف يبرر أصحاب الرأي السابق المؤيد لجواز تأجير أو تبديد رحم الضرة حججهم على أساس الحفاظ على أسرة العقيم من التفكك أو الطلاق، فى الوقت الذى ينزع طفل من أمه بالرحم وإعطائه إلى أمه البيولوجية، وهما الاثنان متواجدان في ظل علاقة واحدة لا تنقطع تعاملاتهم حتى بعد تمام تلك العملية.

مع العلم بأنه حتى يومنا هذا لم يتفق الطب على رأى علمي موحد تجاه مسالة تأجير الأرحام، من حيث مدى اشتراك صاحبة الرحم في تكوين الجنين الفسيولوجي الموجود بأحشائه، أو تلك هي القضية المشهورة التي يبرز منها معنى الأمومة[1].

نرى أنه لو سلمنا بجواز الرأي السابق سيفتح لنا الباب على مصراعيه أمام الزواج المؤقت الذي سيكون بغرض وقتي على أن تنطلق المرأة بعد إنجابها للحمل تاركة ذكرى جميلة للزوجين حتى يكون لها أثر في حياتهم ملحقة بباقة من المشاكل التي تؤدى إلى أمومة مشتتة في ظل وجود طفل لا حول له ولا قوة.

---

(١) تنازعت الرغبة الإنسانية تجاه النسب المتعلق بالطفل والمتمثلة في رغبة القضاء الممزوجة بالحيرة الشديدة وعلي مختلف اتجاهاته في الحكم بثبوت نسب الطفل لإحدى المرأتين دون بتر العلاقة بينه وبين الآخري وتذكرنا تلك الحيرة الشديدة التي وقع فيها القضاء الفرنسي بالقضية الشهيرة بقضية الدائرة حين تنازعت امرأتان علي نسب طفل امام القاضي في إحدى المنازعات المعروضة امأمه وفي مواجهة الحيرة التي تملكت القاضي والناجمة عن الصعوبة البالغة في حسم مسألة نسب الطفل لإحدى المرأتين رسم القاضي دائرة وأوقف الطفل في مركزها ودعا المرأتين إلى تلك الدائرة فوقفت كل منهما في مواجهة الأخري والطفل في الوسط وذكر القاضي أن عليهما أن يتجاذبا الطفل بقوة ومن تنجح في أن تضمه لصدرها فهي أمه وأثناء جذب الطفل من كلتاهما شعرت إحداهما بالخطورة الشديدة علي الطفل من جراء التنازع علي جذبه من ذراعه فتركته للأخرى متنازلة لها عن النسب فحكم القاضي بثبوت النسب للتي تركته وليس للتي نجحت في جذبه إليها لأنها أمه الحقيقية التي تنازلت عن نسبه إليها كلية خوفاً عليه من الإضرار به ولو اقتصر الأمر علي مجرد إيذائه بدنيا ولو بجذبه من زراعه.

كما أننا نرى شيء من الغرابة في مباشرة الزوج لحمل زوجته ببيضة زوجته الأخرى، فما الداعي للرمي في التهلكة لقد شرع الله - عز وجل - للرجل تعدد زوجات، وجعل من مبرراته إذا كان بالزوجة عقما أباح الشرع للزوج أن يتزوج من غيرها، فما الداعي لإعارة الزوجة الأخرى رحمها لاحتضان طفلها المتخلق من بويضة الأم العقيم؟ أي ضرتها الملقحة بنطفة زوج كل منهما، وأخيرا نحن لا نجيز الحمل بهذه الصورة لما يترتب عليها من الآثار التي تزعزع كيان الأسرة بل وكيان المجتمع.

مما سبق يتضح أن الرأي الراجح هو عدم أجازة الحمل عن طريق الرحم المستأجر سواء أكانت صاحبته أجنبية أو زوجة أخرى؛ لأن حق صاحبة الرحم المستأجر قاصرعلى الانتفاع به فقط، وليس حق منفعة، وحق الانتفاع قاصر على صاحبه، لا يجوز لغيره أن يباشره نيابة عنه[1].

---

(١) موقف المجامع الفقهية من جراء عمليات الإنجاب بوسيلة تأجيرالأرحام وكذلك المجامع العلمية ترفض تأجير الأرحام قرار الثالث في الدورة الثامنة سنة ١٤٠٥ هـ
الحمد لله وحده والصلاة والسلام علي سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وعلي آله وصحبه وسلم وبعد. فإن مجلس الفقه الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت ٢٨ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ إلى يوم الاثنين ٧ جمادي الأولى ١٤٠٥ هـ الموافق ١٩- ٢٨ يناير ١٩٨٥م قد نظر في الملاحظات التي ابداها بعض أعضائه حول ما أجازه المجمع في الفقرة الرابعة من البند الثاني في القرار الخامس المتعلق بالتلقيح الصناعي وطفل الأنابيب الصادر في الدورة السابعة المنعقدة في الفترة ما بين ١١- ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٤ هـ ونصها:
"ان الأسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبيضة من زوجين وبعد تلقيحها في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخري للزوج نفسه حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضرتها منزوعة الرحم". يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة وملخص الملاحظات عليها: "أن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بيضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل إنسداد رحمها علي حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثم تلد توامين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البيضة من أم ولد معاشرة الزوج كما قد تموت علقة أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة ولد الزوج. ويوجب ذلك من اختلاط الانساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين والتباس ما يترتب علي ذلك من أحكام وأن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة". كما استمع المجلس إلى الآراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرين في المجلس، والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج في حاملة اللقيحة واختلاط الانساب علي النحو المذكور في الملاحظات المشار إليها. وبعد مناقشة الموضوع =

ما الحكم إذا خصب زوج زوجته الأخرى خلسة بنطفة ضرتها لإصابتها بالعقم رغبة منه فى الإنجاب من زوجته العقيم؟

=

وتبادل الآراء فيه قرر المجلس سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع المشار إليها من قرار المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام ١٤٠٤ هـ. وأعاد المجمع صياغة القرار ليصبح كالقرار السابق مع حذف الأسلوب السابع في طريق التلقيح الخارجي.

- قرارات مجمع الفقه المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي

القرار الثاني: -

الحمد لله والصلاة والسلام علي سيدنا محمد خاتم النبيين وعلي آله وصحبه. أن مجلس الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من ٨ – ١٣ صفر ١٤٠٧ هـ الموافق ١١- ١٦ أكتوبر ١٩٨٦م. بعد استعراضه لموضوع التلقيح الصناعي – أطفال الأنابيب – وذلك بالاطلاع علي البحوث المقدمة والاستماع لشرح الخبراء والأطباء. وبعد التداول. تبين للمجلس: أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة في هذه الأيام هي سبع: الأولى: أن يجري تلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته. الثانية: أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبيضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة. الثالثة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها. الرابعة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبيضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة. الخامسة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى. السادسة: أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة. السابعة: أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا. وقرر: أن الطرق الخمسة الأولى كلها محرمة شرعا وممنوعة منعا باتا لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الانساب وضياع الأمومة. وغير ذلك من المحاذير الشرعية. أما الطريقان السادس والسابع فقد رأي مجلس المجمع أنه لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد علي ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة. والله أعلم.

ومن ثم عاد مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة ١٩٨٩ إلى تحريم جميع صور أستئجار الأرحام وذلك لما في الأمر من ملابسات، ومخافة اختلاط النطف في المختبرات. ومن هنا نرى أن المجمع الفقه الإسلامي أجاز صورة واحدة من صور أستئجار الأرحام ومن ثم حرمها جميعاً، معتمداً في ذلك على مبدأ سد الذريعة.

قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر:

أفتى مجمع البحوث الإسلامية بمصر بحرمة استخدام رحم امرأة أجنبية لوضع ماء زوجين في رحمها، وهذا القرار أصدره مجمع البحوث الإسلامية بمصر بعد انعقاده في يوم الخميس ٤ من محرم ١٤٢٢ الموافق ٢٠٠٣- ١- ٢٩، وبعد مناقشة علماء المجمع الموضوع قرروا أن ذلك حراما، وقد جاء هذه القرار بإجماع علماء المجلس وعددهم خمسون فيما بقي الدكتور عبد المعطي مصرا على رأيه بجواز عملية تأجير الأرحام.

وهل يمكن تكييف جريمة إيجار الرحم بالصورة السابقة على جريمة هتك العرض دون تهديد؟

الأصل أن الزوج له حق اختصاص على بضع كل زوجاته كلا منهما على حدة، ولكن نرى من جانبنا أنه لابد أن تكون هناك نظرة كلية حتى إذا سلك الزوج ذلك المسلك فإنه يعد تعسفا فى استخدام الحق حتى فى إطار الإباحة تظل الإباحة مقيدة وتقتصر على الرجل الذى له عدة زوجات.

ولكى يتبين لنا حدود حق الزوج فى التصرف على بضع زوجاته ينبغى أن ننظر إلى محل العقد سأقوم بتصنيفها على النحو التالي :

١- إذا كان محل العقد هو الزوجه ككيان إنسانى مستقل لا على بضعها فيكون حق اختصاص الزوج مصدره العاطفة، وهناك خير مثال نظام القوانين الأوربية أحيانا قد لا يكون هناك عقد يحكم أو ينظم العلاقة بين الرجل، والمرأة ومع ذلك يكون المنظم والحاكم للعلاقة هى العاطفة بدلا من العقد ورغم عدم وجود عقد بينهما، إلا أن أحيانا تعطى المحكمه حقا للمراة على أساس العلاقة بعد التاكد من أن هناك علاقة بالفعل وذلك من خلال طرق الاثبات.

٢- إذا كان محل العقد هو بضع المرأة فيكون حق اختصاص الزوج مصدره العقد.

ولو نظرنا إلى هذه الجريمة من زاوية ما يترتب عليها من مصلحة أومفسدة، فنجد أن المفسدة المترتبة عليها غير مشروعة، أما بالنسبة إلى المصلحة فإما أن تكون مشروعة وتتمثل فى رغبة الزوج فى الإنجاب من بضع زوجته لما له من حق اخصاص عليها أو غير مشروعة وهى أن يتم اللعب فى النطف بتحركها من مكانها الذى خلقت لكى تكون فيه بالإضافة إلى وضعها خلسة فى رحم زوجته الأخرى وهذا الكلام يقودنا إلى سؤال مهم هل حق الاختصاص الذى يستأثر به الزوج على بضع زوجته حق انتفاع أم منفعة؟ لمعرفة نوع حق لاختصاص لابد من التعرف على معنى كلا منهما.

- موازنه بين حق الاختصاص الزوج على سبيل الانتفاع أم على سبيل المنفعة:

الحق الأول يراد به مباشرة الزوج له وبنفسه دون أن يوكل أحد كالزواج مع الأخذ فى الاعتبار أن الزوج ليس مالكا لبضع المرأة، بل إن مقتضى عقد

الزواج له أن ينتفع هو خاصة، وذلك بموجب حق الاختصاص وليس الملكية؛ لأن بضع المرأة لا يعد من الأشياء أو الأموال.

أما حق الاختصاص على سبيل المنفعة فهو أعم واشمل فله أن يباشر بنفسه وله أن يمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة مثلا وأيضا لا يرد إلا على الاشياء.

وللمحافظة علي النسل اقتضى ذلك تنظيم الزواج واقتصى منع الإعتداء علي الأعراض سواء أكان بفاحشة أوكتخصيب الزوج زوجته الأخرى خلسة بنطفة ضرتها لإصابتها بالعقم، رغبة منه فى الإنجاب منها لمنع الإعتداء علي الأمانة الإنسانية التي أودعها الله تعالى جسم الرجل والمرأة ليكون منهما النسل والتوالد الذي يجعل حياة الإنسان باقية علي هذه الأرض. بالطريقة التى رسمها الله لهم.

لذلك يجب أن يجرم الزوج الذى خصب زوجته الأخرى خلسة أي دون علمها بنطفة ضرتها لاصابتها بالعقم رغبة منه فى الإنجاب منها أو العكس رغبة منها فى الإنجاب منه حتى لا تحدث شيوعية جنسية.

رأى الباحثة:

ونرى أن فعل الزوج يجرم لسببين

الأول: إذا كانت نيته فى الزواج تنصرف إلى الإنجاب فقط من زوجته صاحبة الرحم الذى حمل ووضع فيه النطفة الأنثوية لضرتها مخصبة بنطفة زوجها وأية امرأة تقبل بهذا الوضع المشين، ومن ثم يكون زوجا مؤقتا وخاصة لو أنهى الزواج من زوجته صاحبة الرحم بمجرد أن تضع.

والثانى: وهو أن الزوج وضع نطف انثوية غريبة عن نطفة زوجته داخل رحمها خلسة أي دون علمها وهذا أمر غبر مقبول.

لذلك نرى أن هذا الفعل أشبه واقرب بجريمة هتك العرض دون تهديد؛ لكون الزوج اقتحم بضع زوجته بوضع النطفة الغريبة فى رحمها دون علمها ووجه التجريم متوفر بالرغم من أن الزوج له حق اختصاص ومنفعة على بضع ورحم زوجته إلا أنه لا يملك حق التصرف فيه دون علمها بصرف النظر عن مدى اباحة أو حرمة هذا التصرف، ولا خلاف حول تخلف عنصر الرضا المسبق

للزوجة صاحبة الرحم المستأجر أو إذا اقترف الزوج فعل تخصيبها بنطفة ضرتها بالخداع وتكون النتيجة واحدة والمحصلة واحدة ففي جميع هذه الحالات إذا انتفي عنصرالرضا، تتوافر أركان الجريمة، التي لا تتكون في حال وجود هذا الرضاء.

وتطبيقا على تجريم موقف الزوج الذى ينتهك حرمة رحم زوجته بوضع نطفة ضرتها الأنثويه فى رحمها خلسة ذلك تأكيداً على أن عضو الرحم ليس قابلاً للبذل والأباحة كما سبق وأن ذكرنا فإن الشرع حرم الانتفاع أوالاختصاص لغيرالزوج ببضع المرأة.

لأنه يؤدي إلى شغل رحم هذه المرأة التي استمتع ببضعها بنطفة لا يسمح الشرع بوضعها فيها إلا في إطار علاقة زوجية يقرها الشرع، فمن الأولى عدم قابلية الرحم للبذل والأباحة، وذلك لضمان حفظ الانساب وعدم اختلاطها.

لذلك نرى أن هذا الفعل أقرب منه بهتك العرض دون تهديد، والسبب بوصفه بتلك الجريمة كون الزوج فى تعريض زوجته لعمليه يباشرها طبيب دون علمها ولا موافقتها بإدخال نطفة غيرها الانثوية.

ولهذا يقتضى بنا أن نوضح جريمة هتك العرض دون تهديد: هى أتصال جنسي غير مشروع لا تكتمل فيه العلاقة الجنسية بالوطء أو "الوطء فيما دون الفرج" بحسب نوع الفعل ودرجة جسامته.

وانطلاقا مما سبق نرى أنه إذا كان الفعل أمرا جائزا للفرد مباشرته، فيترتب عليه ضرر بالغير، وكان من قبيل الرخص كان مسئولا عن ذلك الضرر لأن الشرع الإسلامي قد اشترط في مزاولة هذا النوع السلامة وعدم الضرر، فعلى سبيل المثال السير في الطريق رخصة اباحها الشرع علي ألا يكون سببا في ضرر غير السائر فيه؛ لأن الرخص عامة مشتركة بين جميع الناس، وذلك ما يقتضى الحذر والحرص في مزاولتها واستعمالها حتى لا يضر انسان بسبب اندفاع غيره، وهما في الانتفاع سواء[1]؛ ولذا كان الضرر في هذه الحالة مستوجبا للتعويض.وتطبيقا على ماسبق ذكره.

---

(١) الضمان في الفقه الإسلامي – للشيخ علي الخفيف – المرجع السابق – ص ٩٢.

نرى أنه بفعل الزوج الذى قد يكون جائزا فى جزء منه ، وهو دخول نطفة ذكرية على بضع زوجاته لتخصيبهن ورغم أن هذا الفعل من قبيل الرخص، إلا أنه نتج عنه ضرر للغير وهى زوجته التى خصبها دون علمها ونرى أن يحق للزوجة المطالبة بالتعويض من زوجها وضرتها جراء ما حدث.

لذلك نقترح من جانبنا على المشرع المصرى تطبيق المواد الخاصة بجريمة هتك العرض[1] دون قوة أو تهديد على فعل الزوج إذا خصب زوجته الأخرى خلسة بنطفة ضرتها دون علمها.

المبحث الرابع

ماهية المصلحة المرتبطة بإستخدام الرحم

أولا: هل المصلحة المترتبة على عملية التأجير من المصالح التى أعتبرها الشارع أو من المصالح التى الغاها الشارع أو من المصالح المرسلة التى سكت عنها الشارع؟

لمعرفة الاجابة على هذا السؤال يتطلب منا البحث فى مدي اعتبار إجراء عمليات تأجير الأرحام من قبيل المصالح المعتبرة أم الملغاة أم المرسله وسوف نقوم

---

(١) يجب الرجوع على نصوص المواد الاتى ذكرها:
مادة ٢٦٧ — من واقع أنثى بغير رضائها يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقته فإذاً كان الفاعل من اصول المجنى عليها أو من التولين تربيتها أو ملاحظاتها أو من لهم سلطة عليها أو كان خادما بالأجرة عندها أوعند من تقدم ذكرهم يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة.
مادة ٢٦٨ — كل من هتك عرض انسان بالقوة أو بالتهديد أو شرع فى ذلك يعاقب بالاشغال الشاقة من ٣إلى ٧سنوات.
وأن كان عمر من وقعت عليها الجريمة المذكورة لم يبلغ ست عشر سنة كاملة أو كان مرتكبها ممن نص عنهم فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ يجوز ابلاغ مدة العقوبة إلى اقصى الحد المقرر للاشغال الشاقة المؤقته وإذا اجتمع هذان الشرطان معا يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة.
مادة ٢٦٩- كل من هتك عرض صبي أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثمانى عشر سنة كاملة بغير قوه أو تهديد يعاقب بالحبس وإذا كان سنة لم يبلغ سبع سنوات كاملة أو كان من وقعت الجريمة مما نص عليهم فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ تكون العقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة كما يتعين علي المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار اعادة النظر في الجرائم الجنسية والخلقية داخل وخارج إطار العلاقة الزوجية وخاصة فى ظل المستجدات الطبيه الحديثة وهذا اسوة بالمنهج الذى تطبقه الشريعة الإسلامية.المنبثقة من كتاب الله تعالى القرآن الكريم الذى شرع فيه لكل العصور.

بعرض موازنة بين كفتى المصالح والمفاسد كى نتعرف على أي منهما ستكون كفته الأرجح لعمليات تأجير الأرحام وذلك من خلال البحث فى :

- مدى تكييف المصالح والمفاسد المترتبه على ممارسة عمليات تأجير الأرحام
- ثم عمل موازنه بين المصالح والمفاسد المترتبه على الإنجاب بوسيلة تأجيرالأرحام من وجهة نظر الباحث ، ولكى يتبين لنا مدى تصنيف عمليات تأجير الأرحام من المصالح لابد من توضيح مدى اعتبار توصيف الشارع لهذه العملية

١ـ المقصود بالمصالح[1] التى أعتبرها الشارع: هي المصلحة التي شرعت الأحكام لتحقيقها ودل الدليل علي أن الشارع قصدها عند تشريعه ، والمقصود بالمصالح التى الغاها الشارع : وهي كل مصلحة قام النص أو الاجماع أو القياس علي إلغائها وعدم اعتبارها لما فيها من تحقيق الضرر – ولو توهم الإنسان أن فيها مصلحة – سواء أكان ضررها واضحا أم أنها تؤدي إلى ضرر لاحق ، أو لا يدرك ضررها إلا بالنظر والفكر.

---

(١) المراد بالمصالح لغة : ما صلح به أمر الناس بما أمر به الشارع أو رخص له ، ويقال صلح الشيء صلوحا من باب قعد ، وهو خلاف فسد وفي الأمر مصحة أي خير رالجمع مصالح.
فجاء فى مختار الصحاح : الصلاح : ضد الفساد كالصلوح ، والمصلحة واحدة المصالح ، والاستصلاح ضد الاستفسار(مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازى ص ٣٦٧ – دار القلم بيروت – سنة ١٩٧٩)
وفي المصباح المنير: " صلح بالفتح – وصلح – بالضم – ضد فسد وأصلح : أتي بالصلاح : وهو الخير والصواب وفي الأمر مصلحة أي خير والجمع : مصالح (المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى للعلامة احمد بن محمد بن على المقرى الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠ – طبعة دار المكتبة العلمية بيروت – ص ١٣٢ –)
وفى لسان العرب : والمصلحة واحدة المصالح والمصلحة: الصلاح ، فكل ما فيه نفع سواء بالجلب والتحصيل ، كاستحصال الفوائد واللذائذ ، أو بالدفع والاتقاء كاستبعاد المضار والآلام ، فهو جدير بأن يسمي مصلحة(لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقى (٢/ ٥١٦ ، ٥١٧) – دار صادر بيروت -)
تعريف الباحثة المصالح هى : الأعمال التى تحقق جلب المنافع لأصحابها بشرط أن تكون متفقة مع الاداب والنظام العام ومحققة للواجبات الشرعية التى الزمها المشرع للمكلف.

الفرق بين التعبيرين عند الإمام الغزالي : هو أن المنفعه المجلوبة والمفسدة المدفوعة وفقاً للمعنى الأول غير منظمة ؛ لأنها لا تخضع لموازين الشرع، فقد يجلب المرء ما يظنه مصلحة لنفسه، لكنه في مقصود الشرع مفسدة، وهو ما يمكن أن يطلق عليه مقاصد الخلق فيرى فضيلته رحمه الله عليه أن كل مصلحة لا تحظي برعاية الشارع فهي مصلحة غير شرعية وهذا ما نراه اليوم حول عمليات تأجير الأرحام.

٢ـ مدى تكييف المصالح والمفاسد[1] المترتبة على ممارسة عمليات تأجيرالأرحام:

لا شك فى أن اسلوب بعض النوازل المستحدثة التى تتعامل عى جسد الإنسان جعلت منه مادة طبيعية، يمكن دراستها من خلال التجارب العلميه التى تجعل من أعضاء الإنسان، ونخص بالذكر رحم الأنثى فهو حضانه يوضع فيها أي جنين، بصرف النظر عن اسم هذا الجنين أو جنسيته أو نوعه، لأن الذى يهم فى الموضوع هو اكتمال أو معالجة من بداخل الحضانة حتى يتسلمه أهله، وأخفقت هذه الأساليب المستحدثة مشاعر الأمومه ومشاعر الجنين نفسه بعد تكوينه فى هذا الرحم الغريب عنه، فقد يظهر عجزهذه الأساليب واضحاً عندما لم تستطع أن تصل إلى غايتها فكل ما فعلته هو أنها أرشدتنا إلى منهج يمكن من خلاله ظهور ابتكارات انجابية حديثة، ومن هنا انقسمت الآراء إلى مؤيدين ومعارضين لهذه الوسيلة المستحدثة ويظهر دور المؤيدين فى إبرازهم للمصالح المترتبه على تلك العملية بينما ينصرف المعارضين لتلك التقنية إلى ظهور المفاسد المترتبة من جراء عمليات تأجير الأرحام .

٣ـ المصالح المترتبة على عملية إستخدام الرحم:

تظهر أهمية هذه القاعدة من خلال الموازنه بين المصالح والمفاسد المترتبة على الآثار الناتجة من جراء هذه العملية ومن ثم نرى أن المعيارالرئيسى للحكم

---

(١) المفاسد هى: جمع مفسدة، وهى مانهى عنه الشارع لما فيه من الفساد
وفي المعجم الوجيز: المفسدة الضرر، يقال: هذا الأمر مفسدة لكذا فيه فسادة، والمفسدة: ما يؤدي إلى الفساد من لهو ولعب، ونحوهما والجمع مفاسدالمعجم الوجيز معجم اللغة العربية – ص ٤٧١ مرجع سابق.
تعريف الباحثة "المفاسد هى الأفعال التى تتعارض مع الواجبات الشرعية التى ألزمها المشرع للمكلف"

على مثل هذه العمليات هوالنتائج المترتبة على أجرائها سواء أن كانت مصلحة أو مفسدة

إن أغلبية المؤيدين والمجيزين لهذه العملية هم الأطباء، ويرجع السبب فى ذلك إلى صحوة التقدم العلمى التى نعيشها حديثا حيث ذكر الأطباء وأصحاب الآراء المؤيدة لتلك العمليه أنها يترتب عليها مصالح كثيرة ونتائج مذهلة منها:

تقدم نسبة نجاح عمليات الإنجاب بواسطة وسيلة تأجير الأرحام عن عمليات نقل الأرحام من ذويها إلى امرأة أخرى تريد الإنجاب، وذلك عن طريق التبرع (الاعضاء) أو الشراء من أخريات سواء كن أحياء أو متوفيات إكلينيكيا

تحقيق مصلحة مادية للمراة صاحبة الرحم وجعل هذه العملية مصدر رزق وخاصة فى الدول الفقيرة كالهند مثلا، وفى المقابل تحقيق الحلم المنشود للزوج العقيم فى الإنجاب

تحقق المصلحة للمتزوجين بامرأتين وعندئذ ستكون الأم المستأجر رحمها ضرة للزوجة أو زوجة ثانية للزوج، وهكذا فسنحل مشكلة حماية الفروج والأرحام، ولن يدخل ماء الرجل جسم امرأة غريبة، كان يكون الزوج متزوج من امرأة كبيرة سنا وبالتالي لا تنتج نطف انثوية (بييضات)، ولكن رحمها سليم فى الوقت الذى تتمتع فيه زوجته الأخرى ببييضات ولكن رحمها معيب

ممارسة هذه العملية للأزواج العقيميين بديلة لنظام التبنى عند الشرائع التى لا تعترف بهذا النظام تحقيق المصلحة فى الأستعانة بهذه العملية للدول التى تدخل فى حروب مستمرة وتفقد كثير من رجالها.

تتحقق المصلحة فى انجاب الطفل بهذه الوسيلة، بدلا من المعاناة التي تصيب أم الجنين من جراء إسقاطه المتكرر أو فى اللجوء إلى الاستنساخ البشرى.

٤ ـ هل عمليات استخدام الأرحام تتوافر فيها شروط المصلحة المرسلة[1]؟ من شروط المصلحة أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشرع؛ بحيث لا تنافي أصلاً أصوله ولا تعارض نصاً أو دليلاً من أدلته القطعية، وعقد الإجارة هذا يخالف

---

(١) شفاء الغليل للغزالى ص١٥٠ – أصول الفقه . للشيخ زكى الدين شعبان ص ١٣٤ .ط.دار نافع . نشر دار الكتاب الجامعى . القاهرة بدون تاريخ .

النص القرآني القائل: (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم إنى شئتم)[1]، وحرثكم فسرها العلماء بالمكان الذي يلقي فيه البذار وهو رحم الزوجة، أما هنا فالبذرة تلقى في حرث غيره ولا ملك له فيه.

المصلحة مقطوعاً بها حقيقية لا وهمية: بأن يتحقق من تشريع الحكم على مقتضاها جلب نفع أو دفع ضرر، وقد تبين أن هذا الأسلوب ضرره أكبر من نفعه والقاعدة الفقهية تقول: "إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع"[2] والمقتضى هو الأمر الطالب للفعل لتضمنه المصلحة والمانع هنا المفسدة فوجود المانع يمنع من الفعل إلا إذا كانت المصلحة أعظم. ويبني علي هذه القاعدة قاعدة أخرى: "إذا اجتمع الحلال والحرام أو المبيح والمحرم غلب الحرام"[3].

ففي تغليب جانب الحرمة درء مفسدة وتقديم المانع، ومن ثم فهنا يقدم دليل التحريم في الأصح تغليباً للتحريم وعملاً بقاعدة: "درء المفاسد أولى من جلب المنافع"[4].

أن تكون مصلحة عامة للناس وليست مصلحة شخصية لأن الشريعة جاءت للناس كافة، وهذا الأسلوب لا يحقق مصلحة عامة بل مصلحة ذاتية وخاصة بالنساء ذوات الرحم المعلول وليس كل زوجين عقيمين، مما تفيد فئة دون فئة؛ فلذلك لا يصح الأخذ بأي حكم يقصد به رعاية مصلحة شخص أو فئة معينة خاصة. وهذه الشروط اعتبرها الإمام الغزالي - رحمه الله - .

وأخيرا المصالح المرسلة[5]. والمصالح المرسلة لا تكون إلا في الوقائع التي سكت الشارع عن بيان حكمها وليس لها أصل معين تقاس عليه، علي حين

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٣.
(٢) المجلة / المادة: ٤٦.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي / ص١٠٥.
(٤) المجلة / المادة: ٣٠.
(٥) هي المصالح الملائمة لمقاصد الشارع والتي لا يشهد لها أصل خاص بالاعتبار أو الإلغاء. فإن شهد لها أصل خاص دخلت في عموم القياس، وأن شهد لها أصل خاص بالإلغاء فهي باطلة ويعتبر الأخذ بها مناهضا لمقاصد الشارع وتعرف هذه المصالح عند المالكية بالمصالح المرسلة أي المطلقة عن دليل اعتبار أو دليل إلغاء - حكمها - هذه المصلحة الملغاة لا يجوز التعليل بها ولا بناء الحكم عليها باتفاق العلماء.

يوجد فيها معني مناسب يصلح أن يكون مناطا لحكم شرعي يحكم به بناء علي ذلك المعني المناسب.

يتبين لنا من خلال ما سبق أن بيناه أن عملية إستخدام الرحم من المصالح التى ألغاها الشارع.

فلا سبيل إلى قبولة، وقد وضع الاحكام التي تطالب الناس بالأبتعاد والنهي عن الاخذ به؛ فالشارع لا يلغي مصلحة إلا إذا عارضتها مصلحة أرجح منها، أو استتبعت مفسدة لا يستخف بامرها، وعلى سبيل المثال الخلاف الذى حدث حول مسألة تعدد الزوجات فأبيح التعدد، وقد يبدو أن منع التعدد مصلحة وهي تنافي ما قد يحدث من بين الضرائر من المنازعات والخصومات؛ والتي قد يكون لها عواقب سيئة في حل الروابط بين أفراد الاسرة الواحدة؛ ولكن الشارع ألغي هذه ولم يعتد بها، وأباح تعدد الزوجات أكتفاء باشتراط العدل بين الزوجات لإباحة هذا التعدد وليكن التعدد علاجا أجتماعيا عندما يعرض للامة نقص في رجالها، وخاصة في أعقاب الحروب، وحتى لا يقعد عدد كثير من النساء بدون عائل يقوم بشؤنهم،

و نظرا لما يترتب عليه من المصالح العديدة لتكثير النسل والتواليد الذي هو المقصود الأول من الزواج وصون النفس.

٥ـ المفاسد المترتبة على أستخدام الأرحام:

سبقت الإشارة إلى أن بعضا من علماء الطب والفقهاء ذكروا العديد من المصالح المترتبة من جراء عمليات الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام الانثوية، ومع ذلك يمكن القول بأن هناك الكثير من المفاسد التى يمكن أن تترتب أيضاً على عمليات تأجيرالأرحام

وانطلاقا مما سبق نرى ذلك المعنى فى الآية الكريمة:

الآية الكريمة من سورة المؤمنون: [وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ❖ إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ❖ فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُوْلَئِكَ هُمْ الْعَادُونَ][1].

---

(١) سورة المؤمنون الايه ٧.

ومن ثم سنقوم بسرد المفاسد التى ترتبت على هذه العملية معللين الأسباب التى أدت إلى جعلها مفسدة :

تحقق المفسدة من خلال المعاناة النفسية والاجتماعية التى قد تصيب الجنين بعد أن يصبح إنسانا ، وكذلك أمه بالرحم ، بالإضافة إلى شعور الأم البيولوجية إلى افساد معنى الأمومة ، ومما لا شك فيه سوف يؤدى هذا إلى تنازع الولاء عند الطفل بعد الإنجاب ، هل سيكون ولاؤه للام البيولوجية صاحبة البويضة أو للام بالرحم صاحبة الرحم المستأجر التي حملته وأرضعته من ثديها؟ مما قد يعرضه للمعاناة النفسية إذ أنه لن يعرف إلى من ينتمي بالضبط أمه الأولى أم أمه الثانية؟ ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح.

تحقق المفسدة من خلال كشف عورة المرأة التى يراد تأجير رحمها

تحقق المفسدة من خلال المساس بكرامة الإنسان وذلك باستخدام تلك الأعضاء وجعله مادة للمتاجرة تسخيرها لاغراض لا تليق بالرفعة والسمو الذى خصهم الله لبنى البشر

تتحقق المفسدة فى عملية إستخدام الأرحام باختلاط الانساب وهو وجه من أوجه الشبه بينها وبين عملية الزنا وفي كلتا العمليتين لا يوجد حفظ للفروج

وتحقق المفسدة إذا كان هناك خطورة فى أحتمال حمل الضرة في مثل هذه الحالة ، فربما تحمل الضرة على اللقيحة وتضع توءم لا يعرف كل منهما ابن من ، أو ربما يموت أحد التوأمين ، فيزداد النزاع والصراع بين الزوجتين حول التوأم الذي على قيد الحياة.

ولا شك من أننا يجب أن نبحث موضوعا يسبب ضررا حتميا علي أطراف العلاقة المشتركة فى عمليات الإنجاب بوسيلة إستخدام الأرحام ولو كان هذا الضرر يسيرا ؛ لذلك كان لابد من معرفة نوع الضرر وحجمه مقدما.

ثانياً: الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة على الإنجاب بوسيلة إستخدام الأرحام من وجهة نظر الباحثة :

قد يبدو للوهلة الأولي أن عمليات الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام من الأمور التي لم يقم دليل من الشرع علي أعتبارها أو إلغائها ، وأنها تعد من الأمور المستحدثة التي لم يتطرق إليها الفقهاء القدامي ، إلا أنه بالتدقيق وبإمعان

النظر في هذه العملية يمكن القول بانها من المفاسد التي تبينت لنا عن طريق الاستنتاج والاجتهاد بقيام الدليل الشرعي علي إلغائها، فالأصل فى الأبضاع التحريم، ولذا قال فى كشف الأسرار شرح فخر الإسلام الاصل فى النكاح الحظر، أبيح للضرورة فإذاً تقابل فى المرأه حل وحرمة غلبت الحرمة ولهذا لا يجوز التحرى فى الفروح(1).

والدليل على ذلك إمكانية تطبيق هذه العملية على قاعدة درء المفاسد المقدم على جلب المصالح حيث إنه تعتبرهذه القاعدة هى المعيار الأساسى الذى يتم على أساسه الموازنه بين المصالح والمفاسد لتبين الحكم، وانطلاقا مما سبق وأن بيناه بشأن المفاسد والمصالح المترتبة على عملية تأجير الأرحام تبين لنا:

المفاسد التى ظهرت لنا من جراء عمليات الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام تتفوق على المصالح من حيث الجملة، أما من حيث التفصيل فينبغى النظر إلى كل طرف من أطراف العلاقة على حدة ومدى ما تحققه هذه العملية من توابع بحسب الغرض والهدف من تحققها.

١ـ هل تعد عملية إستخدام الأرحام مباحة بناء على نتائجها إذا تحققت المصلحة ام ينبغى أن تبحث كل حالة على حده؟..

ينبغى ألا نسلم بكل ما هو جديد سواء أكان نازلة أو ابتكار مستحدث وخاصة ما يتعلق بجسد الإنسان لمجرد أنه سيخدم البشرية، فلابد أولاً من دراسة المعايير والمقاييس لإجازة هذا المستحدث وذلك قبل تطبيقة والعمل به وكل هذا يتم من خلال إجراء موازنة بين ما هو صالح لمجتمعنا ومتفق مع شريعتنا الغراء وما هو فاسد ومناقضا لها.

ومثال على ذلك عملية إستخدام الأرحام موضوع بحثنا يرى بعض الأطباء أن هذه العملية نتاج المستجدات الطبية الحديثة التى ينبغى علينا الانسياق والتسليم إليها باعتبارها نازلة تخدم البشرية اسوة بغيرها كالنوازل التى سلمنا بها فى مجال الإنجاب الصناعى وهذا غير معقول، إذ لو صح ذلك لكانت الشريعة

(١) عبد العزيز بن أحمد البخارى، المتوفى سنة ٧٣٠ هـ، كشف الاسرار على أصول الإمام فخر الاسلام أبى الحسن أبن حسين البزدوى، طبع فى مكتب الصنايع بواسطة حسن حلمى الريزوى سنة ١٣٠٧هـ.

محكومة بخبرات العلماء وأفكارهم وتجاربهم الشخصية ، وهذا ما لايمكن التسليم به.

إذن لابد من دراسة جميع المستجدات والنوازل المستحدثة ويبحث فى مدى موافقة هذه المستجدات مع شريعتنا الغراء ، فإذا وافقت هذه المستجدات مع نصوصها ترتب على الأخذ بها مصلحة للإنسانية أما إذا تعارضت هذه المستجدات مع نصوص شريعتنا وأحكامها تولدت عنها مفسدة للبشرية.

فبالنظر إلى موضوع التأجير بعد تحليل عناصره نجد أن تفاوت تحقيق المصلحة والمفسدة لأفراد العلاقه؟ !

بالنسبة إلى الأنثى صاحبة الرحم الذى تم استئجاره.

نرى أنه لابد من أن تكون هناك نظرة كلية على جسد الأنثى صاحبة الرحم المستخدم وليس إلى رحمها فقط باعتباره عضو من أعضائها ؛ لأننا نرى إذا نظرنا للرحم كعضو منفرد أو منفصل عن الجسد اعتبر شيء.. ....؟!

٢ـ وهذا يقودنا إلى سؤال مهم هل ننظر للمرأة المستأجر رحمها فى جسدها بالكامل باعتبارها انسان أم لبضعها فقط كعضو فى هذا الجسد؟

للإجابة على السؤال السابق لا بد من مراجعة موقف شريعتنا الغراء

فى البداية كما ذكرنا لا تقبل الشريعة اعتبار رحم الأنثى سلعة تؤجر ؛ لأنها جزء من الإنسان المعصوم بالإضافة إلى أن الله قد خص كل عضو من أعضاء الإنسان بوظيفة لاتمام كمال النشاط الجسدى وبالتالي خص الله عز شأنه عضو الرحم بوظيفة الجنس للبقاء والمتعة.

وبالتالي لا نستطيع الفصل بين الرحم الانثوى وجسد المرأة أو الكيان الأنثوى للمرأة التى ومع الأسف نسيته هى فى بعض الأحيان ؛ لأن الإنسان قيمته تكمن فى أنه لا يقبل التجزئة حتى لا تسرى عليه قواعد الاشياء.

ويقودنا هذا المعنى إلى هل من المصلحة أن يصبح جسد الإنسان مكان للتداول باعتباران موضوع الرحم المستأجر أو المستعار أو البديل.. ..... يتم نظير مقابل مادى إذا اصبح الجسد يتدأول مقابل المال وليس الموضوع انسانى كما يدعون وتتحقق المفسدة للأم صاحبة الرحم المستأجر هذا باعتبار أن رأى الطب

لن يتغير من عدم إمكانية إنتقال أي مورثات للطفل أو اشتراك من جهة الأم بالرحم والا أصبحنا أمام قضية بيع اطفال وليس تأجير أرحام.

وأخيرا ومن وجهة نظر واقعية تبين لنا بتمثل المصلحة للمرأة صاحبة الرحم هى حصولها على أجرمقابل التأجير، ونرى أن المفسدة تتحقق لها فى تسليم طفلها المولود الذى نعتبره نحن إبنا لها، وذلك أسوة بالإبن فى الرضاعة، ونرى أن العلة فى ذلك اتحاد الاثنين من مصدرالغذاء وهو الدم واللبن ويتطبيق قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح يتضح على الأم بالرحم، ونعنى بالذكر المصطلح السابق لدرء المال المنجلب من هذه العملية حتى لا يعقبه بيع جزء من جسدها.. ....

بالنسبة إلى الطفل المنشود من جراء هذه العملية فلا نرى فى إعتقادنا توافر أي نوع من أنواع المصالح كما قال البعض بأن المصلحة فى حد ذاتها هى مجيئه الى الدنيا، بل على العكس لن يجنى الولد بعد مجيئه من ثمار هذه العملية التى لا دخل له فيها إلا الشك والريبة من والدتين إحداهما أم بيولوجية والأخرى أم بالرحم وأب أغوته شهواته فى أن يصبح أبا على حساب إبنه هذا بالإضافة إلى أن رضاء زوج صاحبة الرحم بهذه العمليه فى تقديرى يعتبر ديوثا.

"والله أعلى وأعلم"

٣ـ ما مدى تحقق مصلحة الزوج على بضع امرأته وهل اقتصار حق التصرف فى الرحم على الأنثى فقط؟ بمعنى هل يحق لأحد الزوجين تقاضى الآخر عند رفضه للأنجاب بطريقة إستخدام الأرحام؟

الذى يعنينا فى هذا المقام هو أثبات أحقية المرأة وحدها فى التصرف برحمها ولكن هذا لا يعنى تجاهل حق الرجل فى رحم امرأته.

نرى أن حق الرجل على بضع امرأته بصفة عامة والرحم بصفة خاصة مما له من وظيفة اساسية للانجاب هو حق اختصاص وليس حق ملكية أو حق منفعة[1] وحتى المرأة نفسها لا تتمتع بحق ملكيتها له، لأن ملكية الإنسان فى

(١) راجع التباين بين عقد الإيجار وحق الانتفاع – القسم الأول – الباب الثانى من ذات الكتاب.

جسده ترجع إلى الله - عز شأنه - والذى يعنينا فى هذا المقام هو أثبات استخدام وظائف الرحم تتعلق بالانثى فقط.

اذ أنه لابد وأن تكون هناك نظرة كلية حتى فى إطار الإباحة يرى البعض تظل الأباحة للرجل المتزوج من عدة زوجات وهذا يتطلب منا التعرض إلى محل العقد بمعنى هل محل العقد هنا الزوجة باعتبارها انسان أم محل العقد هنا هو بضعها؟

بموجب عقد الزوجية المبرم بين الزوجين تتولد مصلحة مشروعة يمنح الرجل بمقتضاها حق التناسل والاستمتاع من زوجته أما بالنسبة للزوجه فلها حق الاستمتاع فقط منه هذا رأى الإئمة الأربعة ولكن الأحناف تشددوا فى حق المرأة ورأوا أن[1] يقتصر حق الاستمتاع ولو مرة واحدة فى العمر طالما الزوج إستطاع مباشرة زوجته مرة واحدة يتحقق العقد، ويرى أحد الفقهاء المعاصرين[2] أن هذه نظرة فيها شيء من التشدد على حق المرأة حيث يقول سيادته أنها نظرة ميكانيكية وآلية ولا مجال للعاطفة والمشاعر بحيث يرى الأحناف أنه طالما جامعها مرة واحدة تحقق العقد.

ومن الجدير بالذكر نرى أنه من الضرورى أن نتطرق إلى النظام القانونى الغربى لمعرفة أوجه التباين بينه وبين النظام الزواج المصرى المنبثق من الشريعة الإسلامية.

بالنسبة إلى القوانين الأوربية لا تشترط وجود عقد زواج بين الأبوين البيولوجيين ويكفى الأرتباط بالعاطفة ويكون حق الاختصاص لكل منهما، على الآخر مصدره العاطفة. وليس العقد، وهنا تكون المصلحة مصدرها غير مشروع، وعلى الرغم من وجود علاقة غير شرعية جمعت بينهم نطفة الأمشاج فى علاقة غير مقننه أي لا يحكمها عقد ويكون الحاكم الوحيد بينهم هى العاطفة، ورغم ذلك يترتب على هذه العلاقة أثار قانونية وتعطى المحكمه حق

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٣١٢ - بداية المجتهد ج٢ ص ٤٢ مغنى المحتاج ج٣ ص ٢٠٢ - المغنى ج٦ ص ٦٥٠

(٢) رأى الأستاذ الدكتور/ محمد كمال امام أستاذ الفقه المقارن كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

للمراة بل وتقبل النظر فى التقاضى عند العرض عليها هذا بخلاف القانون المصرى الذى لا يعطى الحق لأحد الزوجين إلا إذا كانت هناك علاقة شرعية مقننه بموجب عقد الزواج الذى يعطى للزوج حق الاختصاص على بضع زوجته أو يعطى للزوجة حق الاستمتاع على زوجها وانطلاقا مما سبق يمكن أن نلخص الإجابه على الأسئلة السابقة كالآتى :-

لا يحق للزوج إكراه زوجته على اللجوء إلى الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام بأخذ نطفتها وتخصيبها بمائه ثم زرعها فى رحم أخرى لأن الزوج ليس له سوى حق اختصاص وليس ملكية أو انتفاع على بضعها بالانجاب منها بالطريقة الفطريه التى رسمها الله عز وجل لعباده وليس بالطرق الصناعية أما بالنسبة لتحقيق المصلحة من الزواج المصلحة التى خصها الله عز وجل للزوجين تكمن فى الطرق الطبيعية للانجاب وعلى أساسها وضع المقنن تشريعه أسوة بشرع الله - عز وجل - وهذا عملا بقول الله " ويجعل من يشاء عقيما " فلا يحق لأحد الزوجين تقاضى الأخر إذا رفض اللجوء إلى وسيلة الإنجاب بتأجير الأرحام ولكن أعطى للزوج العقيم حق التطليق لعدم تفويت المصلحة فى الإنجاب ، ويعد جريمة يعاقب عليها القانون من يكره الآخر أو يتحايل على الإنجاب بغير الوسيلة الطبيعية

وانطلاقا مما سبق يتضح لنا أن المصلحة المرجوة من هذه العملية ليس لها مرجعية شرعية ولذلك كانت مفاسدها أعظم من منافعها ، وهذا يرجع إلى أن عملية أستئجار الأرحام ترتب عليها آثارا سلبية أكثر منها ايجابية لأنه ليس من المعقول أن يحل الإنسان مشاكله بوسائل يترتب عليها مشاكل أكبر واخطر من المشكلة الأساسية ، وهذا ما يحدث من جراء هذه العملية ، نحاول حل مشكلة العقم أي عدم الإنجاب باستئجار رحم الغير للحصول على الولد ، ونستقبل مشاكل كثيرة ومعقدة تتعلق بجميع أطراف العلاقة التى تشترك في هذه العملية ، لذلك نرى أن درء مفاسد هذه النازلة أولى من جلب مصالحها. وبما أن عملية أستئجار الأرحام فيها شبهات ومشاكل تتلاعب بعواطفنا وغرائزنا كما سبق وأن بينا فعلينا اتقاء الشبهات والابتعاد عنها عملا بقولهﷺ : "من اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه".

لذلك نرى من جانبنا وبسبب المشاكل العديدة والأثار التى ترتبت عليها هذه العملية تحريمها وتجريمها في جميع احوالها.

وأخيرا ينبغى تطبيق قاعدة "سد الذرائع" على هذه العملية وذلك بمنع استخدام هذا الأسلوب وإيقاف وإلغاء جميع هذه العقود وإغلاق هذه الوكالات والقبض علي سماسرة إجارة الأرحام، ولأن في هذه العملية ضرراً بيناً والقاعدة تنص على أن "الضرر يزال" وإذا قيل أن في عدم الإنجاب ضرراً قيل الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.. . إلخ. "يختار أخف الضررين" وكذلك: " يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام" فيمكن تحمل عدم إنجاب طفل إذا كان هناك دفع ضرر، والاستسلام لمشيئة الله مفروض، والعقم ابتلاء، فلا يجوز علاجه بمحرم. والمؤمن يرضي بقضاء الله، وهو البصير بأحوال خلقه وهو الحكم الخبير، ولا يجوز أن نخالف أحكامه بسبب العواطف، ولا يجوز أن نأتي بطرق ملتوية تكون مثاراً للشك والظنون. " والله تعالى أجل وأعلم والله بما تعملون بصير"

المبحث الخامس

موقف الشريعة المسيحية من إستخدام الأرحام

كما يقول بعض رجال الدين المسيحى[1] ان الكنيسة ترفض موضوع تأجير الأرحام للأسباب نفسها التي ترفض فيها أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي والاستنساخ البشري؛ وذلك لأنه يجب أن يكون الجنين نتاج علاقة حميمة بين الزوج والزوجة في إطار زواج كنسي، حيث أن الكنيسة تعتبر الزواج مقدسًا، ولان الجنين البشري –حتى وأن كان جنينا - فرد أو شخص له كرامة وكيانه الاجتماعي حتى وأن لم يولد، ولان هناك خوفًا من أن نجعل منه سلعة تباع وتشترى.

ونتساءل ما هو الموقف القانوني بين الأبناء المولودين من الأم المستأجرة؟ فهي أم وليست أما في الوقت نفسه، ونتساءل أيضاً كيف نضمن الأبوة؟ فمن يضمن أن تكون البويضة الملحقة من الأب فعلاً أو من أي رجل، فهذا الباب يفتح المكان للخطيئة واختلاط الأنساب، حيث يمكن أخذ أية حيوانات منوية مع

(١) الأب "رفيق جريش" المسئول عن الأسرة في الكنيسة الكاثوليكية

أي بييضة ونؤجر رحم والنهاية سيكون لدينا أطفال ليس لهم أب أو أم، وأخيرًا ترى الكنيسة أنه مع وجود أسر تتألم بسبب عدم إنجاب أطفال إلا أنها تستطيع أن تتبنى، أو تتكفل حسب ظروفها الأطفال الأيتام دون التسبب بأن يحدث إخلال في الجنس البشري.

وسأل " المسئول عن الأسرة في الكنيسة الكاثوليكية: وما موقف الكنيسة الغربية في البلاد التي يُسمح فيها بإجراء هذه العملية؟

وأجاب: البلاد الغربية ليست مسيحية؛ لأن هناك فصلا بين الدين والدولة!! فالدين يخص إيمان الأشخاص، ولهم مواقفهم التي يستقونها من تعاليم الكنيسة، لكن هناك دول تأخذ مواقف أخلاقية ليست من منطلق ديني بل من منطلق أخلاقي، فانجلترا منعت استنساخ البشر ليس من منطلق ديني، ولكن من منطلق أخلاقي، ومن يجري عملية تأجير الأرحام في الغرب يجريها على مسئوليته الشخصية، فموقف الكنيسة الكاثوليكية الغربية هو موقف الكنيسة الشرقية نفسه.

وتجدر الإشارة هنا أن الديانة المسيحية أيضاً تأثرت بالأخلاق الأبقراطية الطبية وأخذت عنها الكثير، فلقد أعطت المسيحي الطبيب السلطة الأبوية في علاقته بمرضاه وهذا يوافق ما جاء في القسم الأبقراطي، وذلك لعلمه بمصلحة المرضى، ومما زاد من اهتمام هذه الديانة بالذات في شئون المرضى وفي الأخلاق الطبية هو اهتمام المسيحيين إلى الطب والمرضى خاصة أن سيدنا عيسى عليه السلام عرف بقدرته على إشفاء الأعمى والأبرص بإذن الله، كما وأكدت الديانة المسيحية أن أجسادنا هي ملك لله لذلك علينا المحافظة عليها، وليس من حقنا التصرف بها كما يحلو لنا، وأكدت قدسية الأموات والأحياء، فحاربت التشريح[1].

و نظرا لأن الدول الغربية هى التى نبع منها فكرة عملية تأجير الأرحام والتى يدين معظمها بالديانة المسيحية واليهودية فكان لزاما على أن اعرض وجهة نظر الكنيسة فى هذا الشأن في محاضرات الموسم الثقافي التابع لجمعية المقاصد،

(١) الهندسة الوراثية والأخلاق، المرجع السابق ص٤٠.

سجل المطران بشارة الراعي رئيس أساقفية ابرشية جبيل مداخلة في موضوع طفل الأنبوب.. والأرحام المستخدمة لصالح الغير.

واعتمد في أقواله علي مراجع ووثائق صادرة عن الفاتيكان عام ١٩٨٧م عن مجمع العقيدة والإيمان بعنوان الحياة هبة الله ثم التعليم الديني للكنيسة الكاثوليكية الصادر عام ١٩٩٢م. وثانياً دراسة عن المجلس الحبري للعائلة بعنوان من التلقيح الصناعي إلى الاستنساخ – تعليم الكنيسة بشأن الإخصاب الأصطناعي عام ١٩٩٨م.

فقيم المطران موضوع طفل الأنبوب وإجارة الأرحام تقييماً أدبياً قائلاً: تؤكد الكنيسة أنها علي الصلة الأدبية القائمة بين الاتحاد الزوجي بالجماع والإنجاب، ويحظر علي الإنسان أن يفصل بين الجماع والإنجاب بقصد نفي إما نية الإنجاب وإما العلاقة الزوجية.

واعتبر أن هذا التدمير المتعمد لكائنات بشرية نوع من الإجهاض المتعمد، وتسلط علي الحياة البشرية إذ يخضع الموت والحياة لتقرير الإنسان الذي يجعل ذاته واهب الحياة والموت حسب الطلب. واعتبر أيضاً أن إنتاج أجنة بشرية معدة للإستخدام البيولوجي أمر ينافي الآداب وإتلاف الأجنة الفائضة هو تعد علي حياة الكائنات البشرية؛ لذلك تحرمه الكنيسة تحريمها للإجهاض المتعمد(١).

ورغم أن الكنيسة تعتبر طفل الأنبوب عندها غير مقبول يرى المطران أن كل طفل يولد بهذه الطريقة يجب استقباله بمثابة هبة حية من كرم الله وتربيته بكل مودة.

أما موضوع الأرحام المستأجرة وبرأيه "الأمومة بالنيابة" فيرى المطران أن الكنيسة تحرم هذا العمل؛ لأن فيه انتهاكاً لموجبات الحب الوالدي والأمانة الزوجية والأمومة المسئولة لأنها تسئ: إلى كرامة الولد والي حقه في أن يحبل به ويحمل ويولد في العالم ويربي بواسطة والديه، ولان الولد يعتبر من حاملته مجرد

---

(١) الموسم الثقافي/١٩٩٨- ١٩٩٩م/الكتاب الرابع لجمعية المقاصد الخيرية الإسلامية/المديرية العامة للشؤون والخدمات الإجتماعية/دائرة المساجد والخلايا/ محاضرة طفل الأنبوب.. والأرحام المستأجرة / المطران بشارة الراعي/ بيروت- لبنان/ص٣٠٨- ٣٠٩.

وسيلة لربح المال أو لأى غرض شخصي آخر، ولا يعتبر كشخص ذي قيمة خاصة ويضيف أن المرأة الحامل وضعت نفسها في حالة غير انسانية لأنها فصلت الأمومة الجسدية عن الأمومة العلائقية(١).

وفي وثيقة الفاتيكان الشهيرة، الواقعة في أربعين صفحة تحت عنوان: "تعاليم حول احترام الحياة الإنسانية الوليدة وشرف الإنجاب"، والتي أقرها البابا يوحنا بولس الثاني وأصدرها المجمع المقدس لعقيدة الإيمان بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢٢م وصدرت الوثيقة بشكل رسمي بتاريخ ١٩٨٧/٣/١٠م(٢).

وجاء في الوثيقة اختصاراً:

واستناداً إلى جميع القيم والمبادئ اللاهوتية والروحية والأخلاقية الواردة في الوثيقة فإن الكنيسة:

أ – تشجب كل عملية إخصاب تتعدى على وحدة الزواج بمنى متبرع أو بويضة متبرعة.

ب – تشجب كل عملية إخصاب تحل محل الزواج مثل الإخصاب الصناعي لأمرأة أرملة أو بتول.

جـ - تشجب اللجوء إلى الخلايا التناسلية لشخص ثالث للحصول على الحيوان المنوي أو البيضة لأن هذا اللجوء يعتبر تعدياً علي رباط الزواج المقدس بين الزوجين.

د – تعتبر مشروعية أخلاقياً تلك العمليات التي تساعد علي الإنجاب عن طريق الزوجين بصورة طبيعية.

هـ - تشجب عملية الإخصاب في الأنابيب.

و – تطالب باحترام الأجنة البشرية إذا كانت حية أو قابلة للحياة، ولا يجوز إجراء تجارب عليها غير مشروعة أخلاقياً.

ز – تندد بعملية تجميد الأجنة لأنها تعرضها لأخطار الموت والهلاك.

---

(١) الموسم الثقافي/١٩٩٨- ١٩٩٩م / المطران بشارة الراعي/ ص ٣١١.

(٢) الدستور/١١/٣/١٩٨٧م.

ح – تندد بمحاولات التدخل في العناصر الصبغية أو الوراثية لإنتاج كائنات بشرية منتقاة وفقاً للجنس المختار.

والنص الكاثوليكي الذي صدر عن مجمع العقيدة والإيمان في سنة ١٩٨٧م، نجد أنه يرفض أية محاولة للإخصاب بطريقة غير طبيعية. ولكنه يضيف أن عملية أطفال الأنابيب بين زوجين لا تحمل الحكم الأخلاقي السلبي نفسه للإخصاب باللجوء إلى عناصر غريبة على الزوجين[1].

وكذلك ترى الكنيسة (أن الزواج لا يعطي حقا علي الولد، أنما الولد هبة من الله، أنما يعطي الزواج الحق علي القيام بالأعمال الموجهة من طبيعتها إلى الإنجاب، ومن واجب العلم أن يعمل كل ما بوسعه لمساعدة الزوجين العقيمين علي الإنجاب ضمن مقتضيات الزواج وأسسه المقدسة).

---

(١) محاضرة الحوار الإسلامي المسيحي في مجال الأخلاقيات الطبية التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب بين المواقف الدينية والبحث الانثروبولوجي والأخلاقي/ الأب نادر ميشيل اليسوعي / ندوة التلقيح الاصطناعي المتجانس وغير المتجانس/ سلسلة "الندوات الإسلامية المسيحية" / جامعة القديس يوسف/ معهد الدراسات الإسلامية المسيحية / بيروت/دار المشرق/ط١ /ص٢٠.

الفصل الثانى
موقف القانون الوضعى من إستخدام الرحم

عملية إجارة الأرحام فكرة مبتكرة من وجهة نظر صانعها، بالرغم من أنها مرفوضة وتجارة غير مشروعة تفتح الباب لمشكلات قانونية وأخلاقية واجتماعية خطيرة، تهدد تماسك الأسرة واستقرارالمجتمع، وتأجير الرحم دعوة مسمومة جديدة لهدم الأسرة وتشتيت أفرادها وهدم قواعدها وأصولها

ولما كان الحكم على الشيء فرعاً عن تصوره، كان لزاماً علينا أن نقوم بعرض لهذه الأنظمة القانونية ليس للسرد والمعرفة ولكن لدراسة المشكلة من كافة الجوانب ومعرفة ما يعتقد به الجانب الآخر من وجهة نظر حتى نتمكن من وجود مجال خصب للبحث والمناقشة حول هذه المسألة المستحدثة وإيجاد البدائل لهذه العملية الشاذة من وجهة نظرنا وانطلاقا مما سبق أن وضحناه، لابد من توضيح المقصود بالبدائل التى نعتريها نحن وهى كيفية وجود علاج لأمراض العقم بدلا من إستئجار أرحام ليست ملك لصاحبها والعمل على الحد من هذه الظاهرة الغريبة حتى لا يتجه الأفراد للجوء إلى هذه الوسيلة بالاتجاه إلى الدول التى تبيح مثل هذه العمليات، ونرى كما يرى البعض أن الخوف من أن تتفاقم وتنتشر هذه الوسيلة وتزداد فى حصرها؛ فقد كانت وسائل منع الحمل محظورة فى البداية، وكذلك الأجهاض وبالتدرج وصلنا إلى ممارسة هذه المحظورات دون مبررات فى العلانية ويخشى أن يتكرر هذا الوضع مرة أخرى[1].

وجديربالذكر فقد حاول بعض فقهاء القانون المقارن نفى صفة التعدي على جسد الحامل بالإتجارالذى يؤدى إلى خرق مبدأ حرمة المساس بالجسد الإنساني، فلم يعد مبدأ حظر المساس بجسم الإنسان يتمتع بالحصانة الربانية والوضعية، فلقد نال هذا المبدأ العديد من الاستثناءات التى يكاد معها الإطاحة بالمبدأ من الاصل، وعدم احترام الذات الإنسانية.

---

(١) Emile – papiernik – Derk Houet ' porter Lenfant d, une autre ' le Moude – 30 juill 1984 – p.v.

حيث بدأت تتسع هذه الأستثناءات منذ ولادة أول طفل أنبوب اختبار في[1] ٢٥ يوليو ١٩٧٨ فى[2] تموز/ بريطانيا، توسعت تكنولوجيات التناسل المساعدة بعد التلقيح الاصطناعي لأشكال مختلفة من التخصيب في المختبر "IVF" فالمشاهير مثل[3] joan lunden، deidr[4] قاموا بنشر وترويج استخدام استئجار الارحام ليحملوا أطفالهم طوال فترة الحمل. فقد كانت المراه في الماضي توافق علي التبرع ببيويضاتها الخاصة وحمل الاطفال خلال فترة الحمل نيابة عن الآباء المكلفين[5].

أما اليوم، فان ممارسة تأجيرالارحام التقليدية استبدلت بالأم البديلة للحمل (ايضا عرفت باسم ناقلة الحمل)

ويعد هذا الاتجاه خروجا عن الحاجة إلى تكليف الآباء[6] لتجنب الخلافات القانونية مثل تلك التي وجدت في الحالات المماثلة لقضية الطفل "M_er" التى سنقوم بسردها- إن شاء الله تعالى - ، هذا وقد أيدت المحكمة حقوق المستأجره التقليدية فى ممارسة حقوقها الخاصة بأمور حضانة الطفل، وبناء علي حقيقة لا تقبل الجدل إنها كانت الام البيولوجية والمانحة وحاملة البويضة للطفل، وهذا علي عكس الحمل التقليدي فإن الام بالانابه لا

---

(١) 20HOSTINGS WOMEN'S L.G.275/ SUMMER 2009- HOSTING WOMAN LOWJOURNAL

٢) World's first test tube Baby is pregnant, Daily Mail, Jules 10, 2006, http:ww.daily.co.uk/pages/live/articles/news.html?inarticleid=3g4894&_page id=1770(last visited. Mar, 31, 2009).

(٣) deicdre Hall. com. on line chat. dec. 10. 1995. http://www.deidre.com/chats/oprah_chat . cfmLast visited jon. 23. 2009). 23-2009

(٤) interview by Deborah Norville with Joon Lunden, Deborah Norville Tonight (MSNBC Television board cast may,4,2004) available at http://www.Msnbc.Msn.com/id/5014340

(٥) In re Baby M, 537 A. 2D 1227, 1234 (N.J.1988

(٦) Reproductive medicine associates of newjersey, treating infertility: gestationalurrogate, http://www.rmanj.com/gestational_carrier.html(last visitedjan23,2009)

تحتفظ بأية روابط جينيه للاطفال التي تحملهم[1].بدلا من ذلك يتم إنشاء الكيسة الأريمية (مثانات بلاستولية) المستخدمة في تلقيح البويضات باستخدام بدائل الحمل إما من الأمهات التكليفية أو الجهات المانحة للبيض.

لقد خلقت صورة نمطية للسيدات اللاتى يعملن توكيلاً للحمل وعلى سبيل المثال فان فيلم٢٠٠٨ (bab mama) الذى يصور سيدة عقيم قامت بدورها الممثلة Tina Fey استاجرت سيدة من الطبقة الكادحة لكى تكون ام مستأجرة لطفلها[2] ان الصورة السائدة للسيدة الامريكية التى تختار أن تكون امراة مستاجرة هى التى تكون ممن يتحركن بدافع من الاعتبارات المالية فى المقام الاول والتى تكون دوافع غير حقيقية.

إن التركيز الأهم فى هذا الموضوع هو مخاطبة المسائل القانونية والسياسية والأخلاقية المحيطة بتأجير الارحام الأقتصادية فى حالتها المعاصرة عالمياً ومحلياً. وستتناول دراسة الاستعانة بمصادر خارجية من تأجير الارحام كالهند باعتبارها حالة دراسة لفهم كيفية الترتيبات التجارية التقليدية لتأجير الارحام. وللتحقق من مصدر قواعد منتظمة لاستئجار الارحام التجارية سوف نسلط الضوء كيف ان الهند الدولة ذات الاثار الجانبية من التغير السريع فى التكنولوجيا المتقدمة للانجاب ولأن حكومتها غير قادره على أن توفر أمان عام لمواطنيها الذين يختارون الأم المستأجرة. ولان حكومتها لن تعرض اى مستوى أخلاقى معين فى التعامل مع التعقيدات فى المجال الطبى المتقدم فى العقم.

إن هذه الدراسة سوف توفر تحقيق المقارنة القانونية والتنظيمية فى نقض قوانين استئجارالارحام القائمة فى بعض دول الاتحاد الاوروبى [E.U] والولايات المتحده. ان الاتجاهات الحالية تكشف عن ان فى بعض دول الاتحاد الأوروبى التى تشجع المواطنين الأوروبيين فى البحث عن قوانين حميدة لإستئجار أرحام سيدات أمريكيات. فى الحقيقة كثيراً من الأزواج من كل أنحاء

(١) Re productive Medicine Associates of New g/Gerst

(٢) Lorraine Ali & Raina Kelly, The Curious !ives of Surrogates, Newsweek, Apr 7, 2008 at u7 available at http:// www. newsweek. com/id/129594.

العالم وبما فى أماكن مثل استراليا، كندا، والمانيا وايسلندا والمملكة العربية السعودية وأسبانيا ودبى يعتمدون على سيدات امريكيات لاستئجار أرحامهن. إن الازواج الامريكين ليسوا استثناء. وبشكل متزايد فإنهم يتطلعوا إلى الهند بحثاً عن سيدات راغبات فى أن تقوم بسيدات مستأجرات لأرحامهن، بأسعار اعلى عرضاً.

لتوضيح ذلك فإن المشكلة ليست فريدة من نوعها فى الهند؛ لأن القوانين المتباينة فى التعامل مع تاجير الارحام بين الدول من الراجح انها سوف تشجع على أن يستمر الاتجاه، وهناك قضايا محيطة بعقود تاجير الارحام. بما فى ذلك القدرة على المساواه من النساء الهنديات المحرومة فى التفاوض على عقود تاجير الارحام. إن مصدر ارتفاع الطلب على تأجير الارحام التجارية هو الاستعانة بمصادر خارجية (ايضاً تعرف بسياحة الخصوبة) والأسباب التى جعلت القانون لم يواكب التقنيات والتقدم العلمى هذا ما سنعرفه ان - شاء الله تعالى - فى هذا الفصل.

وأخيراً فإننا سوف نقوم بعمل مقارنه بين التشريعات فى الهند وبعض من دول الاتحاد الاوروبى والولايات المتحدة مع نهج اسرائيل لتنظيم تاجير الارحام التجارية.

إن نهج إسرائيل الشامل لاجراءات تأجير الأرحام التجارية ابتكر صناعة مقاييس لصناعة موحدة، مقاييس طبقية. وتركيب قانونى لكى يمنع استغلال التبعية، من أصحاب النطف البيلوجية، والاطفال وبشكل شامل فإن هذه المذكرة فى كل من الاستفسار المقارن للقوانين الدولية لاستئجار الارحام أو عدمة. والدعوة الى سن وتنفيذ السياسات التنظيمية للحماية من الاستغلال المحتمل لأجساد النساء البيولوجية للانجاب كعمالة رخيصة عن مواطنين اكثر ثراثاً فى جميع انحاء العالم.

ومن منطلق ذلك هل يحق لصاحبة الرحم المستأجر رفع دعوى على الأبوين البيولوجيين عند إخلالهما بعدم تنفيذ الإلتزامات المتفق عليها فى عقد إيجارالرحم أم أنه ليس لها الحق فى رفع هذه الدعوى باعتبار أن هذا العقد لا

ينطبق عليه أحكام عقد الإيجار أو لسبب عدم مشروعية محل عقد إيجار الرحم وبالتالي خلو نصوص القانون المدنى بشأن هذه العمليات؟

وإتماما منا للفائدة المرجوة سنقوم بدراسة كل هذه المشكلات من خلال عرضنا للنظم القانونية التى تجيز تأجير الأرحام فى مبحث أول ثم عرض النظم القانونية المعارضة لتأجير الأرحام فى المبحث الثانى ثم موقف الفقه والقضاء من تأجير الأرحام فى المبحث الثالث إن - شاء الله - تعالى.

المبحث الاول

النظم القانونية المؤيدة لإستخدام الأرحام

نتعرض فى هذا المطلب لبعض الأنظمة التى اهتمت بوضع تنظيم قانوني خاص ينظم ويؤيد عمليات الإنجاب من خلال مؤجرات الأرحام وذلك عن طريق عرض موقف القانون الأسباني والقانون الأمريكى.ثم الهندى واخيرا الإسرائيلى.

(أ) أسبانيا:

من أوائل الدول الأوربية التى تم فيها أول مركز لحفظ السائل المنوى هى دولة أسبانيا، وجديربالذكر يعد القانون الأسبانى من أكثرالقوانين الأوربية إباحة لهذه التقنيات، وخاصة على المستوى التشريعي والدليل على ذلك نص القانون الأسباني رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٨م المتعلق بتنظيم تقنيات الإنجاب الطبي المساعد وذلك في المادة العاشرة منه علي أنه :

"يبطل بطلانا مطلقا الاتفاق الذي بمقتضاه تلتزم المرأة التي تحمل لنفسها أو لغيرها بويضة مخصبة بغرض التخلي عن الطفل المتولد لصالح شخص أو مجموعة أشخاص بمقابل أو بدون مقابل. فالولادة هي الواقعة المثبتة للأمومة الحقيقية ويجوز طبقا للقواعد العامة لإثبات النسب أن يتمسك الأب البيولوجي بأبوته لهذا الطفل."

نستنتج مما سبق أن المشرع الجنائي الأسبانى لم يضع سمة نص تجريمي لهذه الوسيلة، الأمر الذى يعتبر معه عملية تأجير الأرحام مباحا ضمنيا فى القانون الجنائي الأسبانى، هذا بالنسبة إلى الشق الجزائي وأخيرا يفهم من القانون الأسباني ضمنا أنه يبطل الأمومة بالإنابة مدنياً ولا يلاحقها جنائياً

ويحسب للمشرع الأسباني أنه قد تبنى المعيار البيولوجي لإثبات النسب تجاه الأب مع الاكتفاء بواقعة الولادة لثبوت نسب الأم، ويتوافق هذا التمييز مع الحقائق الدينية والأعراف الإنسانية كما أنه يزيل عبئاً إضافياً يقع علي كاهل القضاء عند تبني المشرع للمعيار البيولوجي لنسب الأم فحسم بذلك كثيرا من النزاعات التي ستنتج بشكل طبيعي عن التنازع حول نسب الطفل المتولد بوسيلة الأمومة البديلة.

ولم يشأ المشرع الأسباني أن يجعل من الأعمال الطبية للأمومة البديلة أفعالاً مجرمة واكتفي بالجزاء المدني الذي يجسده

ونرى كما يرى بعض الفقهاء أن المشرع الأسبانى أباح ضمنيا تأجير الأرحام، لذا فقد اكتفي بالجزاء المدني الذي يتمثل فى البطلان المطلق لهذه الاتفاقات، وكان من الأفضل أن يقنن للبطلان المطلق المترتب على إجراء عملية الأمومة بالرحم الجزاء الجنائي، وفى الواقع نرى أنه بدون وضع تقنين من المشرع يحظر فيه هذه التصرفات سوف تتولى هذه العمليات تكرارا ومرارا، لأنه فى ظل عدم وجود عقوبة جنائية فإن التقنين على الجزاء المدني دون اقترانه بالعقوبة الجنائية يعني أن المشرع الأسباني قد أباح ممارسة تأجير الأرحام بطريقه غير مباشرة لكنه لم يعترف قانوناً بالأثار[1].المترتبة عليها.

(ب) الولايات المتحدة الامريكية:

تأجير الأرحام - مثل العديد من القضايا القانونية للأسرة- وهو ما يندرج تحت بند المسائل القضائية الحساسة، وهذا يعني أنه قد تكون هناك قوانين ليست موحدة عن تأجير الأرحام في الولايات المختلفة أوالمقاطعات القضائية المختلفة داخل الولايات المتحدة ، وخاصة اننا نرى انه ليس هناك اتساق قانونى بين الولايات بشأن مسألة تأجير الأرحام. فنجده يتخذ شكلا قانونيا فى بعض الولايات او المقاطعات، ولكنه ليس قانونيا في مقاطعات أخرى.

---

(١) Heline Goudemct tollon, "meres porteuses" journal du droit international,1990, p.989

راجع روبلين دفيشى الام البديلة النوع الاول والثانى – منشور فى دورية C. F. E. E. S - رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ - ١- ص ١٤٥ وما بعدها

انقسم الفقه الأمريكى على نفسه إلى قسمين أحدهما مؤيد لمثل هذه العمليات، والآخر معارض لها، ويرجع ذلك إلى عدم وجود احكام قانونية موحدة فى تلك المجالات، وذلك يرجع إلى غياب التشريع بالإضافة إلى عدم وجود قانون فيدرالي ينظم تلك المسائل.

- **الولايات التى يسمح لها بعقود إستخدام الارحام لصالح الغير:** القانون الذي يحكم اتفاق تأجيرالأرحام يختلف من ولاية لأخرى حيث ان تلك القوانين تعتمد أحيانا على نوع الاتفاقية سواء كان حملا تقليديا او حملا بالإنابة.

ست ولايات فقط يسمح للأفراد وللأزواج أن يقوموا بعقود استئجار أرحام: ولاية اركانساس ، كاليفورنيا، إلينويز (تأجير الرحم بالأنابة فقط)، ماساشوستس، نيو جيرسى وواشنطن (اتفاق تأجير الرحم بدون تعويض فقط).

ويرى أنصار هذه الطريقة أنه لا يوجد ما يمنع الزوجين من اللجوء إلى مثل هذه الوسيلة، طالما أن هذه الرغبة مشروعة لتحقيق الإنجاب.

وجدير بالذكر هناك رأى أخر يسمح للمرأة صاحبة الرحم المستأجر أن تحتفظ بالطفل بدون وجود أى جزاء يجبرها على تسليم الطفل لغيرها.ويضاف إلى ذلك اعتبار أمريكا من أكثر الدول استخداما لعمليات تأجير الأرحام ويرجع ذلك إلى توافر عدة أسباب :-

- الحقوق الإنجابية المكفولة للمرأة والمتعلقة بإطلاق الحرية لها تجاه كافة التصرفات الواردة علي الحمل والجنين، فلها بناء علي ذلك أن تقرر إجهاض نفسها أو التناسل الصناعي أو أن تتبرع برحمها فتحمل لحساب غيرها[1].
- منح القانون المرأة حقا دستوريا علي جسدها، ومن خلال هذا المضمون الدستوري تملك المرأة كافة التصرفات القانونية التي يتصور ورودها علي هذا الجسد.

---

(١) Mme Clement, (B.C). et Marseille.M. "Laternite' par substitution "Rev,de sauvegrade de l'engance, 1-2-1989.4 annee,p.6.

- كثرة هيئات الوساطة في التوفيق بين الأزواج المصابين بالعقم وبين المرأة صاحبة الرحم الراغبة فى تأجيره.
- ليس من الداعي أن نمنع الأفراد حقهم في اللجوء للإنجاب بواسطة الرحم المستأجر. مما يبرز معه أن الحقيقة البيولوجية سوف تحسم أي من المنازعات القانونية في مسألة الأنساب.

وتأكيدا لدور الحقيقة البيولوجية في حسم المنازعات القضائية فقد قضت محكمة Orange بولاية كاليفورنيا بأحقية الأبوين البيولوجيين في استرداد طفليهما الذي تمسكت ببنوته المرأة التي حملت فيه بدلاً من أمه البيولوجية، حيث ظهر بالفحص الظاهري للطفل أنه يتمتع بالبشرة البيضاء في مقابل تمتع المرأة الحامل ببشرة سوداء. وأمام ضعف المستند البيولوجي للحامل المستأجرة تبدل في مستندها البيولوجي إلى الاستناد لواقعتي الحمل والولادة لإثبات أمومتها، وقد غلبت المحكمة الحقيقة البيولوجية علي الوقائع المادية وقضت للزوجين بأحقيتهما في ضم الطفل إليهما مع منع المرأة الحامل من مجرد زيارته. وقد أيدت محكمة الاستئناف الحكم السابق لمحكمة الإنجاب بوسيلة مؤكدة علي المبدأ السابق الذي يغلب الحقيقة البيولوجية علي الأمومة المستأجرة وانتساب الطفل بناء علي الأولى دون الثانية(١).

والأم المستأجرة يتم تلقيحها صناعيا اما عن طريق الاب المعنى او عن طريق متبرع مجهول، وتحمل الطفل لاجل مسمى ان الطفل حينئذ جنين مرتبط بالام المستاجرة التى توفر البويضة والاب المعنى او المتبرع المجهول.

في حمل تأجير الأرحام تنقل البويضة من الأم المعنية أو المتبرعة المجهولة وتخصب مع الحيوان المنوي من الأب المعني أو متبرع مجهول — البويضة المخصبة أو الجنين حينئذ ينقل إلي الأم المستأجرة وعندها يرتبط جينياً بالأم التي تبرعت بالبويضة وبالأب المعني أو المتبرع بالحيوان المنوي ولكن ليس للأم المستأجرة، بعض الأزواج مثيلته النوع وجدوا أن تأجير الأرحام بالإنابة جذابا لأنه يسمح لسيدة في أن تساهم ببويضتها ولأخرى أن تحمل الطفل.

---

(١) Rubellin Divichi. "Meres pourteuses premier et deuxieme types" C-F-E-E-S-1992,2,P.146.

إن تأجير الأرحام التقليدي هو أكثر إثارة للجدل من حمل تأجير الأرحام على نطاق واسع ؛ بسبب أن العلاقة البيولوجية بين الأم بالإنابة والطفل غالباً ما تعقد الحقائق للقضية لو أن حقوق الوالدين أو صلاحية اتفاق تأجير الأرحام ونتيجة لذلك فإن معظم الولايات تمنع إتفاقات تأجير الأرحام التقليدية بالإضافة إلي ذلك كثيراً من الولايات التي تسمح بعقود استئجارالأرحام تحظر التعويض فيما يتجاوز دفع النفقات الطبية والنفقات الطبية التي تكبدتها نتيجة إتفاق تأجير الأرحام.

(ج) فوائد استخدام الرحم التجاري فى الهند:

في الفترة الحالية يتجه الأزاواج الأمريكان الجنسية غير المخصبين إلي الهند من اجل استئجار الأرحام في جزء صغير من تكلفة نظائرهم الأمريكان[١]. إن الاستئجار الرحمي يتطلب التعويض المالي الذي يتم دفعه إلي السيدة التي تقوم بأداء خدماتها التي تتمثل في استئجار الرحم والحمل[٢]. كما أن تنظيمات استئجار الرحم التجارية تتطلب الطرفين —الوالدين والرحم المؤجر- - الذي يقوم بتنفيذ " اتفاقية مسبقة" ويقومان فيها بتحديد اضطرارهم المتبادل ونظراتهم[٣]. وفي مثل هذه الاتفاقية، فان السيدة توافق علي نقل حملها إلى الأبوين الآخرين الذين تعطي لهما طفلها أو أطفالها التي تلدها[٤]. إن الحويصلات الأولية التي توجد في الرحم ربما تكون مرتبطة وراثيا بأحد الأبوين الآخرين أو الاثنين معا[٥]. وبشكل بديل، فان هذه الحويصلات الأولية ربما يتم

---

(١) Henry chu, wombs for rent, cheap, Apr.19, 2006, at A 1.

(٢) Katherine Drabimk ET. Al., Ethics, Law, and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity, 35 J.L. Med. Ethics 300,301 (2007).

(٣) Vanessa S. Browne-Barbour, Bartering for Babies: Are Preconception Agreements in the Best Interests of Children?, 26whittier L.Rev.429,430,435-36 (2004)

(٤) Id.

(٥) Id..at 436

توليدها من خلال استخدام البويضات أو الحيوانات المنوية[1]. وتقوم السيدات بتقاضي أجورهن التي تم التفاوض عليها بعيدا عن أية تكاليف إضافية مرتبطة بالاتفاقية مثل العناية الطبية

وفي المتوسط، تقوم السيدة الحامل في الهند بتلقي ما يتراوح بين(٢,٨٠٠ دولار و٥,٦٠٠ دولار) مقابل تقديم وعرض خدماتها وتعد هذه المبالغ المالية معادلة لراتب عشرة أعوام بالنسبة للمرأة الهندية الريفية وتعد إجمالي التكلفة الكلية في الهند في هذه القضية تقرب من(١٢,٠٠٠دولار)[2].وعلي النقيض، فان إجمالي التكلفة الكلية للتأجير الرحمي في الولايات المتحدة يتراوح ما بين ٧٠,٠٠٠ إلي ١٥٠,٠٠٠ دولار' وبالنظر إلي الفرق الشاسع في التكلفة، يكون من السهل فهم لماذا ينشد الأزواج الأمريكان السيدات الهنديات في هذه القضية. ومع هذا، فان هذا التطبيق يثير العديد من الاهتمامات الأخلاقية، والتي تشير إلي أن عمليات استجار الرحم في أمريكا لم تعد مقتصرة علي التصنيع وخدمة الوظيفة فقط ولكنها توسعت لكي تشمل الوظائف النسائية البيولوجية والجسدية المثمرة[3]. ومن اجل تفهم هذا الاتجاه في الهند، يجب علينا أن نعترف أولا أن

---

(١) Id.Oprah.com,WombsforRent:Journey toParenthood,http://www.oprah.com/slideshow/world/globalissues/slideshow1 sshealth1009_284/5.

(٢) Abigail Haworth, Surrogate Mothers: Womb for Rent, Marie Claire, Aug.22, 2007, at 126, available at http://www.marieclaire. com/world/ articles/ womb-rent-india-7. See also Uday Mahurkar donating a Womb, India today, Sept. 13, 2007, at 56, available at http://Indiatoday. digitaltoday. in/index.php?option=com_content&Itemid=1&task=viw&id=1174&sectionid=25&issueid=12&page=archieve (last updated June 4, 2008).

(٣) This is not the type of outsourcing Thomas L. Friedman advocates in his book, the World Is Flat. Friedman argues outsourcing low-skilled Jobs to India would benefit the U.S labor market by raising domestic labor standards to compete primarily in the highly skilled and complex management positions that new advanced technolgies would countinue to generate. See Thomas L. Friedman, The World Is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century 3.24-29 (picador 2007) (2005).

إغراء الاستئجار الرحمي أصبح كبيرا جدا بالنسبة لأزواج الطبقة المتوسطة الذين يواجهون مشكلات عدم الخصوبة أو العقم. فمثلا :

- قرر الزوجان (توماس وكارين كيم) استئجار رحم من خلال وكالة أمريكية خاصة، حتى عرفا طبيبة النساء المشهورة (نايينا باتيل) من أننـد وهي بلدة صغيرة في الهند وقامت هذه الطبيبة بتأسيس عيادتها في مجال الخصوبة والعقم في عام ١٩٩٩[١]. وفي عام ٢٠٠٣ تسلمت الطبيبة باتيل طفلها الأول من رحم مستأجر، وقد حققت هذه الطبيبة نسبة عالية من النجاح في هذا المجال من هذه النوعية من الجراحات في عيادتها. ونتيجة لذلك، فقد تلقت العيادة صدي كبيرا جدا من الشعبية كمركز لاستجار الأرحام التى قادتها الى مقابلة فى ABC صباح الخير أمريكا

وبالتعاقب فإن عيادة ابكاكشا الطبية تلقت الكثير من الشعبية كمركز لاستئجار الارحام فى THE OPRAH WIN SHOW وتعترف الطبيبة باتيل بنقد أن خدماتها في هذا المجال هي معادلة لتأجير رحم ما. وهي تعتبر أن هذا مكافئ لمنح رحم مؤجر ولم تقم الطبيبة بتحديد أية أتعاب مادية للتوفيق بين الطرفين غير المخصبين والأم الاخري، وتعترف الطبيبة باتيل بأن الأرحام المؤجرة ترتبط الأطفال التي تحملها. في العديد من المناسبات

وقد أكدت الطبيبة هي وزوجها في إحدي الاجتماعات علي التحديات التي تقابلها مع زوجها لتأكيد أن المرشحين يمكنهم التعامل مع المجالات النفسية من استئجار الأرحام[٢]. بالإضافة إلي أن الطبيبة تؤكد أن الأموال التي تتلقاها السيدات في تلك العملية لا يتم استغلالها من قبل أزواجهن من خلال نقل الأموال مباشرة في ظل عملية نقل الأطفال من الأرحام إلي الأبوين.

وفي إحدي البرامج التليفزيونية، قامت المراسلة (ليزا لينج) بالسفر إلي عيادة IVF في أنند في الهند لإتباع زوجين أمريكيين اتجها إلي هناك وهما(جينيفر وكيندال)، حيث بدءا عملية استئجارالأرحام، وفي هذه الأثناء، تم تحديد ما يتراوح بين ٢٥٠ إلي ٣٠٠ من الأزواج العقيمة في قائمة الانتظار للمشاركة في

(١) Id.

(٢) Id.

هذا البرنامج. وتتطلب العيادة من المشاركين في هذا البرنامج أن يكونوا في صحة جيدة وتتراوح أعمارهم ما بين الثمانية عشر والخمسة والأربعين عاما[١].

وعبر الدورة البحثية الخاصة بالمراسلة، اكتشفت لينج أن النساء الهنديات يشاركن في استخدام الأموال التي يكسبونها في شراء منازل جيدة للأسرة ومن اجل إمداد أطفالهن بمستوي عال من التعليم

كما حددت المراسلة لينج أيضا أن العلامات المميزة والملامح الثقافية المرتبطة بالاهتمامات الكامنة لاستغلال هؤلاء النساء[٢]. وبشكل نهائي، فان المراسلة لينج رفضت مناقشة أن يتم استغلال النساء.

وقد علقت قائلة: " هناك العديد من الأشخاص من أوربا ومن دول أخري يأتون إلي الولايات المتحدة ولكن هذا مكلف للغاية. فلا احد يقول أن النساء الأمريكيات يتم استغلالهن عندما يصبحن بدائل" فبدلا من ذلك، فقد جادلت لينج قائلة أن: "هذا الطفل وهذين الزوجين سوف يكونان لهما هذه الرابطة مع هذه البلدة. وهذا يؤكد لنا كيف أن دولنا سوف تصبح قريبة من بعضها لأقصي درجة.

وهنا نقطة يجب الحديث عنها فيما يتعلق الحرية المالية التي تكون تلك النساء الهنديات قادرات علي تحقيقها لأنفسهن وعائلاتهن من خلال عمليات استئجار الأرحام. إن لينج ربما تقوم بعكس التغيرات بالسمات الاجتماعية المتعلقة بالبدائل في الهند اليوم. وحتى النساء الهنديات الاتى يخافن من المقاطعة الاجتماعية، يحاولن أن يحتفظن بهذه العملية سرية من خلال الإقامة داخل عيادة الطبيبة باتيل خلال فترة الحمل كلها[٣].

ومع هذا، فإن هناك بعض النساء يكونن صريحات فيما يتعلق بأدوارهن في عملية نقل الأرحام، حتى مع المشاركة في تنظيم استئجار رحم آخر في بعض الحالات[٤]. فعلي سبيل المثال، قامت (بوشبا بانديا) وهي في السابع والعشرين

---

(١) Id.

(٢) Id.

(٣) Id.

(٤) Id.

من عمرها بعملية نقل الرحم، وقامت باستخدام الأموال في بناء منزل مع زوجها وهو يعمل في توصيل الطلبات إلي المنازل في احدي الشركات، وتخطط باندبا في عملية استجار رحم مرة أخري؛ حتى تتمكن من دفع مصاريف المدرسة لابنتها حتى تصبح طبيبة.

وقد اعترفت أنه تم معاملتها في البداية علي أنها منبوذة بين عائلتها وأصدقائها، ولكن مع رؤيتهم لوضعها المالي وهو يرتفع، فقد قبلوا الأمرعلي انه أمر عادي، وليس هناك ادني شك بأن النساء الهنديات يمكنهن الاستفادة ماليا من المشاركة في هذه العملية. ولكن يجب علينا النظر إلي الحالات الفردية في التطبيق الاستئجار التجاري للأرحام ككل من أجل، الفهم الواقعي للتطبيقات طويلة المدى من سوق السياحة الخصبة في سياق التجارة العالمية بين الدول المتقدمة والدول النامية.

وعلي السطح يتضح لنا أن تنظيمات عمليات استئجار الأرحام التجارية في الهند تعد موقفا فائزا بالنسبة لجميع الأطراف المعنية. وتعد الطبيبة باتيل نموذجا فريدا لشخصية تحكمها المبادئ الأخلاقية أثناء تنظيم عمليات استئجار الأرحام. وهي لديها اهتمام بخدمة المصلحة العامة من خلال مساعدة الأزواج العقيمين في تحقيق أملهم في الحصول علي أطفال، وأيضا مساعدة النساء الهنديات الفقيرات في فرصة التطور والتقدم الاقتصادي، وربما تعد الطبيبة باتيل رائدة في تنظيمات عمليات استئجارالأرحام في الهند ولكن من الهام أن نعترف بأنها شخصية استثنائية أو فريدة. فهي تبدو أن تطبيقاتها في استئجار الأرحام تبقي ذات معايير أخلاقية من خلال معاملة عملائها في العيادة بشكل عادل. وهي أيضا تؤكد أن مرشحي هذه العمليات يتم عرضهم، وأن هناك معايير واقية بدرجة كافية يتم تحديدها في حالة القيام بعمليات استئجار الأرحام داخل عيادتها الخاصة.

ولكن للأسف، فان نموذج الطبيبة باتيل لن يمنع أية وكالات أخري تعمل في استئجار الأرحام من توظيف التطبيقات الأخلاقية فقط من أجل تحقيق الفائدة المادية. ونجد انه بدون تطبيق الحكومة الهندية لسياسات حماية الرفاهية العامة لمواطنيها، فسوف يترك للأفراد مثل الطبيبة باتيل حماية هذه العمليات

بشكل تطوعي، وأيضا حماية الأطفال والعائلات من أن يتم استغلالهم جميعا. وعندما قامت معظم وكالات العمل في استئجار الأرحام بالتركيز علي الفائدة الاقتصادية فقط، فان الاعتبارات الهامة الاجتماعية والسياسية والأخلاقية التي تحيط بعمليات استئجار الأرحام التجارية قد أصبحت أكثر إلحاحا. بالإضافة إلي أن، إمكانية استغلال الوظائف المثمرة للنساء الفقيرات كشكل من العمل الرخيص للفائدة الاقتصادية يتم إلقاء الضوء عليها بدرجة كبيرة. وهكذا، فان النظر فيما وراء قصص النجاح يكون من الهام أن نعترف بان هذه الصناعة غير المنظمة ربما تشكل اهتماما خطيرا وجادا من الناحية القانونية والاجتماعية وأيضا الأخلاقية.

عدم مواءمة القوانين الهندية لتنظيم استخدام الرحم التجاري لصالح الغير :

في عام ٢٠٠٦، قام المجلس الهندي للبحث الطبي بإعلان أن صناعة استئجار الأرحام التجارية في الهند تولد دخلا يصل إلي حوالي ستة بليون دولارا في العام الواحد[١]. وهذا يبدو لنا رقما مبالغا فيه مفترضين أن الرقم الواقعي الفعلي للصناعة في عام ٢٠٠٧ كان حوالي ٤,٥ مليون دولارا.

بالرغم من أن هناك شكا قليلا من أن هذه الصناعة هي في نمو مستمر.وتم العمل علي تنظيم الاستئجار التجاري للأرحام في عام ٢٠٠٥ [٢]وفي هذا الوقت، قام المجلس الهندي للبحث الطبي بإصدار تعليمات تتطلب" بان الأم البديلة تقوم بتوقيع عقد مع الزوجين العقيمين". وهناك سياسات مشابهة تم تطبيقها أيضا من قبل الجمعيات الطبية في الولايات المتحدة، بينما كانت الجمعية الأمريكية للطب المثمر وجمعية التكنولوجيا المثمرة تطبق المعاييرالأخلاقية من خلال رفض التصديق علي عيادات الخصوبة ألا تلتصق بتعليمات التطبيق المقبولة.[٣]وحيث انه لا الهند ولا الولايات المتحدة لها وكالات تنظيمية قومية

---

(١) Id.

(٢) Id.

(٣) Court Refuses to Intervene for Law on Surrogate Motherhood…….

لفرض قوانين الاستئجار بالقوة، فان الصناعة الخاصة يتم تركها لتنظيم نفسها. ومن الواضح أن التنظيم الذاتي ليس هو الإجابة.

وحيث أن ظاهرة عقود استئجار الأرحام التجارية هي جديدة، فليس من المفاجئ أن الهند تفتقد إلي أية سابقة قانونية في هذا المجال. ويبقي من غير الواضح كيف أن المحاكم الأمريكية والهندية تحكم في المنازعات التي تنشا من تنظيمات استئجار الأرحام[1]. وحتى الآن، فان محكمة دلهي العليا قد رفضت التدخل. وفي ابريل من عام ٢٠٠٧، قامت (ناميتا روي) برفع دعوي إلي محكمة دلهي العليا والتي تقول فيها بان" القضية الاجتماعية الموجودة هنا هي أن الاستئجار الرحمي في غياب القوانين أو التنظيم قد أصبح مجالا حرا بالنسبة للوسطاء عدماء الضمير الذين يدفعون بالنساء غير المتعلمات والفقيرات إلي ممارسة الأمومة الناشئة من خلال استئجار الأرحام[2].

"وقد رفضت محكمة دلهي العليا التدخل لفرضية قوانين حول هذه القضية' ولكن بدلا من ذلك، فان رئيس المحكمة (م.ك. سارما) قد وجها (روي) بان تتجه وان ترفع القضية مباشرة مع فروع الحكومة الهندية أكثر من المحكمة' وقد أشارت المحكمة إلي أن وزراء الرفاهية الاجتماعية والصحة سوف تكون هي الوكالات الملائمة بالنسبة لروي لتوجيه إليها الحاجة إلي تنظيم العمل التجاري من استئجارالأرحام.

وقد ذكرت المحكمة أن " الاستئجار هو قضية شخصية وان المحكمة لا يمكنها التدخل "نرى أن موقف المحكمة سلبى، كيف تتركهم يمارسون تلك العمليات فى الوقت التى أصبحت فيه هذه العملية ظاهرة بل والحكومة نفسها تساهم فى هذا باتخاذها موقف سلبى، لذلك تعتبر الهند من أكثر الدول

(١) Mahendra kumar Singh, New Laws to REIN IN Womb Business, THE Times of India Oct. 31, 2007 http//timesofindia. Indiatimes.com/articaleshow/2503791.cms(last visited jan 14,2009)
inable to get legal assistance when it comes to taking their child back to their home country.")

(٢) Court Refuses to Intervene for Law on Surrogate Motherhood

وأرخصها ممارسة لهذا الموضوع ونرى ان الحكومة الهندية لها دخل كبير فى ما وصلت اليه.

ومن غير الواضح متى ستصبح هذه القضية أكثر ضغطا بالنسبة لكل من المحاكم والحكومة في الهند لكي يتم أخذها بشكل أكثر جدية. وقد وجهت وخاطبت عريضة روي إساءات كثيرة ممكنة تنشا من تنظيمات عمليات استئجار الأرحام التجارية والتحذير من أن هناك إمكانيات كثيرة من سوء الاستخدام للأطفال الذين يتم ولادتهم من خلال هذه الطريقة وتعريضهم للإرهاب والمتاجرة بالشرف أو أبحاث الهندسة الوراثية غير الأخلاقية كغرباء يدفعون للطفل الذي لا تربط بينه وبينهم أية روابط عاطفية، إن القائمة لا تشمل حتى أية اهتمامات أخري أخلاقية مثل الاتجاه نحو الخصوبة أو الزواج.

وفي ٦ من ابريل من عام ٢٠٠٧، تم مخاطبة قضية زيادة عدد النساء العاملات المتزوجات اللاتى يستفسرن الآن عن الأمومة البديلة[١].

وقد أكد الطبيب (سونيتا تاندولواكر) أن الاهتمام الزائد في استخدام استجار الأرحام قد أتي من النساء اللاتي لا يرغبن في اخذ راحة من أعمالهن[٢].

وتشمل النماذج علي هذه الظاهرة في الهند وفي سنغافورة[٣]. وفي حالة المرأة السنغافورية، قد قامت بعمل استئجار رحمي من الهند إلي سنغافورة حتى تستطيع المرأة السنغافورية أن تتسلم الطفل وقد واجهت الطبيبة باتيل هذه النزعة من خلال الاستجابة" لم نقم أبدا بممارسة الاستئجار لمثل هذه الأسباب وفقط يتم اخذ حالات معينة من الناحية الطبية، كما يرفض الطبيب أيضا(سونيتا تاندولواكر) تنظيمات الاستئجار الرحمي غير الضرورية قائلا" نحن ننصح هذه السيدات ألا يتجهن إلي هذه العمليات حيث انه يمكن أن يتم خداعهن من الناحية الطبية في تسليم الأطفال. كما نخبرهن أيضا أن الرابطة تتكون بين الطفل وأمه في فترة الحمل.

---

(١) Id.
(٢) Id.
(٣) Id.

وبالرغم من أن هؤلاء الأطباء لا يوافقون علي الإمداد بالأمهات البديلات إلي النساء غير قادرات علي الإنجاب، إلا انه لم يعد هناك حدودا قانونية أو شريعة تتمنع هذه الأنواع من التنظيمات من التكوين. وهذا الفقدان للتنظيم يحدث مشكلات كثيرة ومتعددة. ربما ترفض المحاكم الهندية أن تستمع إلي هذه القضايا لأنها غير مجهزة لمخاطبة مثل هذه القضايا الأخلاقية والاجتماعية في غياب وضع سياسي واضح تحكمه الحكومة الهندية.

ويستقر الإلحاح الآن مع الحكومة الهندية من خلال مخاطبة قضايا جديدة من أجل إمداد المحاكم بالحلول القانونية حتى يتم السيطرة على هذه المحاكم والحد من بيع البشر مقابل المال.

عند مناقشة هذه القضايا في العائلات والقوانين المثمرة التي يتم إثارتها من التقدم من خلال التكنولوجيا الفعالة والمثمرة. وبدأت وزارة النساء والطفل الهندية في التعرف علي الخطر الكامن لاستغلال النساء الهنديات الفقيرات

وفي أكتوبر من عام ٢٠٠٧، أعلن الوزير (ريهوكا تشودهاري) أن وزارة النساء والطفل وتطويرها سوف يكون قانونا من اجل تنظيم العمل التجاري الخاص باستئجار الأرحام والأمومة البديلة علي خطوط قوانين متشابهة في دول أخري[(١)] وسوف يكون هذا خطوة أولي جيدة نحو حماية المصالح. إن تكرار التعامل مع الحوادث الكامنة من سوء الاستخدام والمنازعات يتطلب أكثر من مجرد تقييم فقط للسياسات الاجتماعية. وبينما تكون هناك ملاحظة للحاجة إلى التنظيم، فإن الاضطرار لهذه القوانين تم مقابلته باعترافات بيروقراطية بطيئة ودون مرور أي تشريع حول القضية. وحتى يتم تفويض مثل هذه القوانين، فان إمكانية سوء الاستخدام والاستغلال والضرر للأطفال والوالدين تبقي تمثل خطرا حقيقيا.

(د) اكتشاف صراعات عالمية حول قوانين استخدام الأرحام لصالح الغير:

علي سبيل المثال، فإن ايطاليا مثلا تعد دولة كاثوليكية بنظرة أكثر اجتماعية حول هذه العملية (وكنتيجة لهذا، فان هناك دولا أخري نامية مثل

---

(١) Id.

الهند قد أصبحت سوقا لسياحة الخصوبة. إن الهند لم تعد الدولة الوحيدة التي تستفيد من هذه النزعة. إن وكالات استئجار الأرحام في روسيا وسلفانيا أيضا تنشد الوصول إلي الأسواق التجارية من خلال الإعلانات علي الانترنت نحو استئجار الأرحام[1]. وعلي وجه التحديد، فان وكالات الاستئجار الروسية والسلوفانية تناضل لكي يكون لها نصيب في الطلب علي الاستئجارالتجاري للأرحام من الأزواج العقيمين في الدول ذات القوانين الأكثر صرامة مثل بريطانيا العظمي وايطاليا[2].

وبينما كان هناك العديد من الدول منها ايطاليا والسويد تمنع الاستئجار كنوع من علاج العقم[3]. إلا أن هناك دولا أخري تسمح بهذه العلاجات، ولكنها تنظمها بشكل كبير منها كندا وبريطانيا العظمي، إن كلا من كندا وبريطانيا العظمي تعد نماذج نادرة للدول التي بها تشريع شامل يحكم العديد من المجالات الخاصة بالتكاثر. وأيضا الإمداد بالتغطية الطبية لعلاجات الخصوبة في ظل خططهم الطبية المنظمة.

وفي بعض الحالات الاخري فان التطبيق يعد سببا للادعاء الإجرامي. إن مثل هذه القضية يتم إثارتها عندما قام الزوجين (دومينيك وسبلفي) وهما زوجان فرنسيان بطلب قوانين الاستئجار في دولتهم الأم.

واتجه الزوجان الفرنسيان إلي سان ديجو في كاليفورنيا من اجل استئجار أم بديلة والتي ولدت فتاتين توأمين في ٢٥ من أكتوبر من عام ٢٠٠٠[4]. ومع هذا، فإن الزوجين واجها تحديات قانونية مع الحكومة الفرنسية عندما حاولا العودة إلي وطنهما مع بناتهما التوأم. إن الحكومة الفرنسية تفرض مصاريف كبيرة علي الأزواج. بالإضافة إلي أن الحكومة الفرنسية تتجنب أية إعلانات أو تصاريح قانونية تقول أن التوأم هما أولاد الزوجين الفرنسيين، وقد حكمت محكمة

---

(١) Id. At 307.
(٢) Id.
(٣) Id. at 303
(٤) Id.

الاستئناف الفرنسية أيضا مؤخرا لصالح الاعتراف بحالة الزوجين الفرنسيين ورفض المصاريف.

إن بريطانيا العظمي هي نموذج آخر للدولة التي بها أوضاع سياسية فيما يتعلق باستئجار الرحم التجاري. كما انها تقيد استخدام استئجار بتعليمات صارمة. إن هناك مجادلة تقول أن بريطانيا العظمي قد أوضحت انه بصرف النظر عن سياستها، إلا أن مواطنيها يستمرون في إنشاد الاستئجار التجاري وهكذا، فإنه ليس هناك حاجة للسماح به في بريطانيا بسبب توافر الأمهات البديلة للاستئجار في مناطق أخري من العالم.

إن بريطانيا العظمي تفضل أن تتعامل مع هذه العمليات من الاستئجار من خلال القوانين المنظمة في داخل حدودها وتسمح لمواطنيها أن تستفيد من سياحة الخصوبة. إن مثل هذه النظرات تتطلب وجود القضايا الأخلاقية والاجتماعية والقانونية المرتبطة بعمليات الاستئجار.

إن بريطانيا العظمي تعتمد علي سياسة تحديد الآباء من خلال العلاقات الوراثية لتنظيم التقدم التكنولوجي. وكنتيجة لهذا، فان التطبيق الجديد من عمليات استئجار الأرحام يخلق صعوبة كبيرة تؤدي إلي تنمية التشريعات غير الكاملة لمواجهة التعقيدات التي تحيط بعمليات الاستئجار التجارية، إن مرسوم HFEAct " "فقط يتعامل مع هذه القضية من خلال عيادات مرخصة وعمليات استئجار مصرح للقيام بها داخل هذه العيادات من الناحية الطبية.

تحليل الباحثه:

نرى من جانبنا بداية أن سبب انتشار ظاهرة مثل ظاهرة تأجير الارحام فى دولة كالهند هو غياب المعاييروالنظم القانونية لتطبيقها.

كما نرى أن المشرع الهندى أباح ضمنيا تأجيرالأرحام، ويفهم هذا من خلال أكتفاء المحاكم الهندية بعدم سماع القضايا بحجة أنها غير مجهزة لمخاطبة مثل هذه القضايا الأخلاقية والاجتماعية في غياب وضع سياسي واضح تحكمه الحكومة الهندية. وكان من الأفضل فى حالة عدم موافقتها على هذه العملية أن تقنن للبطلان المطلق المترتب على إجراء عملية الأمومة بالرحم الجزاء الجنائي وفى الواقع نرى أنه بدون وضع تقنين من المشرع يحظر في هذه التصرفات سوف

تقوم هذه العمليات تكرارا ومرارا؛ لأنه فى ظل عدم وجود عقوبة جنائية فإن التقنين على الجزاء المدني دون اقترانه بالعقوبة الجنائية، يعني أن المشرع الهندى قد أباح ممارسة تأجير الأرحام بطريقه غير مباشرة، لكنه لم يعترف قانوناً بالأثار. المترتبة عليها.

(هـ) إسرائيل كنموذج ناجح لتنظيم استئجار الرحم:

إن تاريخ إسرائيل الديني والثقافي يوفر وجهة نظر في طريقتها المنظمة لاستئجار الرحم التجاري.

تقوم إسرائيل بتوفير نموذج فريد للتعامل مع الضمانات القانونية لاستئجار الرحم التجاري. حيث يتطلب نظام إسرائيل القانوني توازنًا حذرًا بين الممارسات الثقافية المتجذرة المتاصلة والتقاليد الدينية والحياة المدنية وفي نفس الوقت احترام استقلالية الفرد(١).

علاوة على ذلك فإن إسرائيل دولة متعددة الأعراق وأغلبيتها من المهاجرين من شرق أوربا والبحر المتوسط والشرق الأوسط والشرق الأقصى(٢).

واختلافًا عن جمود الهند واعتماد الولايات المتحدة على تنظيمات الولاية وقوانين ولايات الاتحاد الأوربي التقييدي فإن إسرائيل تتخذ طريقة جريئة وبرجماتية في توفير تنظيم فعال لاستئجار الرحم التجاري. في بداية ١٩٩٢ أدركت إسرائيل أنها لا يمكنها تجاهل الحاجة إلى تنظيم بمجرد ما قامت تكنولوجيا الإخصاب بصنع استخدام أطفال أنابيب(٣). في استئجار الرحم في إسرائيل: وهو تحليل لممارسة القانون، وثقت رونا شوتز كيف تميزت إسرائيل في إنشاء تخطيط موحد وشامل ومتوازن للتعامل مع الضمنيات القانونية لاستئجار الرحم' كونت إسرائيل بشكل واضح موقفا تأمينيا لتقنين وتنظيم استئجار الرحم من أجل

---

(١) Joseph schenker,legitimizing surrogacy in Israel: Religious perspectives, in surrogate motherhood: international perspectives 243,244-45(Rachel Cook et al.eds.,2003)

(٢) Id. at 243-44

(٣) Rhona schuz ,Surrogacy in Israel: An Analysis of the law in practice, in surrogate motherhood: international perspectives 35,36 (Rachel Cook et al.eds., 2003)

حماية الأم الحاملة والآباء المتعاقدين والأطفال وعامة الناس من تأثيرات استئجار الرحم، قبل استكشاف الأدوات القانونية التي تستخدمها إسرائيل، من المهم توفير السياق لفهم تقاليد إسرائيل الثقافية الفريدة وآثارها على القانون المدني، والذي يسمح بتقييدات سياسية قليلة لإنشاء سياسة شاملة في استئجار الرحم.

يمكن إيجاد أحد جذور التقاليد اليهودية في العهد القديم عندما يقدم سفر التكوين ١٦ وجهة نظر: "لقد منعني الرب من أن أحمل بأطفال؛ اذهب إلى خادمتي هاجر فقد نحصل على أطفال منها. وحملت هاجر لإبراهيم إسماعيل عليهم وعلى رسولنا السلام."

هذه هي قصة سارة زوجة إبراهيم، والتي اقترحت وهي في سن الثمانين على زوجها أن يستخدما هاجر خادمتها كأم حاملة، لتأتيهم بالأطفال حيث أن سارة كانت عقيمًا. وهناك شخصية أخرى عقيم في الإنجيل هي راشيل التي استخدمت خادمتها بيلها لتحمل من زوجها يعقوب.

من المهم ملاحظة الطريقة البرجماتية التي تطرحها التقاليد اليهودية لفهمها الزواج – وأهمية تكوين أسرة وأيضًا مقارنة الطريقة البرجماتية الموازية التي تتعامل بها إسرائيل مع حاجتها لتنظيم استئجار الرحم تجاريًا.

في تشريع استئجار الرحم في إسرائيل: من وجهة نظر دينية يوضح جوزيف شينيكر أن اليهودية لا تحدد هدف الزواج حصرا على الإنجاب. بدلاً من ذلك فالتقاليد اليهودية ترى الزواج كارتباط قانوني وديني بين رجل وامرأة حيث يدين كل للأخر بواجبات[1]. ويوضح شينيكر أن في التقاليد اليهودية" أن واجب الزواج والإنجاب لا يعتمد على الحالة الاجتماعية أو الموقف الديني.

في النظرة المسيحية التقليدية للزواج، تكون العلاقة الجسدية بين الزوجين بهدف الإنجاب فقط، ويكون استخدام موانع الحمل محدودًا للغاية".على العكس فإن القانون اليهودي يعترف بالرغبة الجسدية في حدود الزواج، ويصدق على أن كلا من الزوجين لديه واجب زوجي تجاه الآخر فليس هناك جذور في اليهودية للشعور بالذنب والكبت بسبب خطيئة الحصول على متعة جسدية من الجنس، ولكن التقاليد اليهودية تتفهم طبيعة الاحتياجات البشرية. ربما يكون هذا السبب

---

(١) Id.

وراء كون إسرائيل تتخذ نهجًا مماثلاً متسامحًا سياسيًا تجاه تكنولوجيا الإخصاب، و لا يعوقه اعتقاد أن الأطفال الشرعيين يجب أن يتم الحمل فيهم طبيعيًا فقط بين زوج وزوجة. إن أول قانون يهودي في الوصايا التي أعطاها الرب لأدم هو: " كنت خصيبًا وتكاثر"[١]. ولكن على الرغم من ذلك فإن اليهودية لا تأخذ هذا المعنى حرفيًا على اعتبار أن هدف الزواج الوحيد هو إنجاب الأطفال.

على الرغم من ذلك فليس معني هذا هو التقليل من أهمية إنجاب الأطفال في اليهودية. في الحقيقة عندما لم تستطع راشيل أن تنجب أطفالاً ليعقوب كان ردها هو " أعطني أطفالاً وإلا سأموت" تعرف إسرائيل بأنها مجتمع موال للإنجاب مما يعني أن أهلها مستعدين لتجربة أية وسيلة للحصول لإنجاب أطفال[٢].

تحليل الباحثه:

الراجح لدينا أن من ضمن أسباب إنتشار مؤجرات الارحام فى اسرائيل النظام الداخلى وليست المعتقدات الدينية حيث نرى ان السبب فى ميل إسرائيل الموالي للإنجاب هو استثمارالدولة كمية كبيرة من المصادر في تكنولوجيا الإخصاب، حيث نتج عنه أكبر عدد من عيادات الخصوبة للفرد في العالم. ولذلك فإن التأمين الصحي القومي في إسرائيل يمول علاجات أطفال الأنابيب لكل من النساء المتزوجات وغير المتزوجات حتى ولادتين ناجحتين.

يوضح شينيكر أنه تحت القانون اليهودي "يجب على الزوجين غير الخصيبين أن يذهبا للتشخيص والعلاج" ويضع القانون اليهودي الثاني والثالث أيضًا علاجات الخصوبة في تجانس بدلاً من التناقض مع التقاليد اليهودية فالثاني هو" وصية الرعاية المحبة " والثالث هو "استقامة الأسرة." يناقش شينيكر أنه بسبب تلك القوانين الثلاثة فإن التقاليد اليهودية، تتفهم إجراء مساعدة الأزواج

---

(١) Genesis 1:28 (Revised standard version ,catholic Edition ,catholic Edition)

(٢) Elly teman,"knowing" the surrogate body in Israel: Religious perspectives, in surrogate motherhood: international perspectives 261, 262 (Rachel Cook et al.eds., 2003)

الذين لم ينجبوا بكل الطرق الممكنة طالما أنه ليس هناك من يصاب بأذى في صالح حفظ السلام المنزلي واستقامة العائلة.

تدمج إسرائيل نظام قانوني مهجن يرتكز على كل من القانون المدني والديني، ويكمل شينيكر الحديث " أن قانون ولاية إسرائيل والذي يؤسس الشريعة اليهودية كقانون ولاية في كل الأمور التي تتعلق بالحالة الفردية والتي تتضمن الزواج والطلاق والشرعية ويحمل المحاكم الحاخامية حالة المحاكم المدنية للقانون في الدائرة المتسعة.

يتداخل القانون اليهودي مع المدني في حالة أن تكون الأطراف المختصة معارضة للشريعة اليهودية ويوضح شينيكر: مازال القانون اليهودي يطبق بواسطة المحاكم الحاخامية في نطاق اختصاصهم من الحالات الشخصية.. . وقد أعطى ذلك المحاكم الحاخامية السلطة الحصرية في مسائل الزواج والطلاق حيث يتم التعامل معهما بالقانون اليهودي بطبيعة الحال. في المسائل الشخصية الخاصة بالأطراف اليهودية من المطلوب من المحكمة العامة أن تطبق القانون اليهودي أيضًا إلا إذا كان قانون الولاية ينص في تلك المسألة. وقد تم استثناء قانون التبني لعام ١٩٦٠ من تعريف الحالات الشخصية. وفي هذا السياق تشكل القانون الذي يرعى الأمومة باستئجار الرحم.

في الحقبة الحديثة يثني شوز على مخطط إسرائيل التنظيمي للبقاء في المقدمة في المجتمع الدولي ويجده مثالاً مثيرًا على " نظام تنظيمي ناضج للموافقة على اتفاقيات الحمل البديل." التزام إسرائيل بالتنفيذ: هو نموذج لحماية العامة بدون تعريض استقلالية الفرد ولا المعايير الأخلاقية.

في ١٩٩٢ شكلت إسرائيل هيئة ألوني "الهيئة" لتقييم المسائل التي قد تكون معقدة التي قد تجلبها تكنولوجيا الإخصاب (مثل أطفال الأنابيب).' وفصلت الهيئة سياسة وضعت لتحفظ التوازن بين مصلحة الولاية في تنظيم النسل واحترام حرية وخصوصية الأفراد.

وعلى الرغم من أن الهيئة لم تقر قانونيًا وعن قصد استئجار الرحم تجاريًا إلا أن قانون اتفاقية استئجار الرحم "القانون" منع أقارب الأبوين من العمل كحامل بديل، ولكنه سمح بذلك للنساء الأخريات واللاتي يمكن تعويضهن

عن وقتهن ومعاناتهن.، أدى ذلك للتأثير غيرالمقصود لإنشاء برنامج منظم وقانوني لاستئجار الرحم في إسرائيل.

هناك استثناء مهم في هذا القانون وهو منعه للحمل البديل الجزئي مثل في حالة الطفل M عندما ستكون الحامل البديلة هي الأم البيولوجية للطفل عن طريق التبرع ببويضاتها[1]. وذلك ما يسمى في إسرائيل بالحمل البديل التقليدي ولكن لم يعد أحد يفعل ذلك حيث أن القانون يسمح فقط باستئجار الرحم وذلك يتناقض تمامًا مع الولايات المتحدة والهند حيث يمكن أن تحتفظ الأم الحامل بروابط جينية بالطفل الذي تحمله حيث أنه لا يوجد منع مباشر عن الحمل البديل التقليدي.

الجانب الأكثر إدهاشا في القوانين الإسرائيلية التي تتعامل مع استئجار الرحم التجاري هو مدى جودة النظام. ويقع تنفيذ النظام على عاتق "هيئة الموافقات" المسئولة عن المراجعة القضائية والموافقة الرسمية على عقود استئجار الرحم لضمان حماية مصالح جميع الأطراف بطريقة متوازنة وحماية استقامة سياسة إسرائيل العامة الخاصة باستئجار الرحم التجاري.

و من أجل حماية الحامل البديلة من الاستغلال تطلب إسرائيل فرزا شاملا لجميع المرشحين المحتملين لضمان توافق جميع الأطراف والموافقة الطوعية والواعية والاحتياطات الصحية الجسدية والعقلية والضمانات المالية أيضًا، يطلب القانون تقييم توافق طبي ونفسي بداية للمرشحين المحتملين بواسطة محترف مستقل فالمرشحة للحمل البديل تعتبرغيرمؤهلة لتقييم تناسبها بموضوعية.

ويتم تغطية عملية الفرزمن نظام الرعاية الصحية الإسرائيلي العام، ويمكن للأزواج الحصول على عملية أطفال الأنابيب مقابل حوالي ٥٠٠ دولار خلال مركز أطفال الأنابيب في مستشفي رامبام وهو توفير كبير جدًا مقارنة بالسعر في العيادات الخاصة والذي يصل إلى ٨٠٠٠ دولار" يقوم مركز مستشفى رامبام بفرز المرشحين وتوفير الموظفين الاجتماعيين لمصاحبة الأزواج خلال العملية.

---

(١) Id.;In re Baby M,537 A.2d 1227,1234 (N.J. 1988)

في المراحل الأخيرة تقوم هيئة الموافقات بإجراء فحص لضمان أن كل الجوانب الضرورية من اتفاقية استئجار الرحم مأخوذة في الاعتبار في العقد. تقوم هيئة الموافقات بمراجعة المسائل المتضمنة في عقد استئجار الرحم متضمنة العدل للطرفين والإباحة الكاملة والمشورة القانونية المناسبة للأم البديلة القوانين والمتطلبات الخاصة بالمبنى الطبي وتوفير مشورة نفسية للأم البديلة خلال ستة أشهر بعد الولادة وتوفير الضمانات لحماية خصوصية الأم البديلة (على سبيل المثال منع الطلبات المتطفلة للأبوين بالتواجد في كل الفحوصات الطبية ومنع الإفشاء العام بخصوص تفاصيل اتفاقية الأطراف[1].

وتوفير الحماية والمصادر المناسبة للأم البديلة. قد تفسر كمية المصادر التي يتطلبها القانون لاستئجار الرحم —المشورة القانونية والموظفين الاجتماعيين والمختصين الطبيين والأطباء النفسيين للمساعدة في المشورة التالية للولادة- سبب عدم وجود سوق لوكالات استئجار الرحم الخاصة في إسرائيل، وكنتيجة لهذا التنظيم الشامل قللت إسرائيل إلى حد بعيد من مخاطر الاستغلال وإكراه النساء على الحمل البديل. فقد قامت إسرائيل بإنشاء نظام من الوضوح واليقين والفعالية.

لا يقوم القانون بتوفير إرشادات محددة للتعويضات المناسبة للأمهات البديلات ولا تتدخل هيئة الموافقات في المفاوضات، ولكن على الرغم من ذلك فإن المراجعة المكثفة للعملية بواسطة هيئة الموافقات من أجل العدالة والتأثير الملزم للعقد يجعل من الصعب استغلال الأم البديلة ماليًا.

منهج إسرائيل الاستباقي لتفعيل القانون وتشكيل وكالة تنظيمية يوفر حماية مناسبة لضمان عدم كون الأم البديلة أكثر الأطراف ضعفًا في العملية. على العكس فإن فرصة الأم البديلة الهندية في الحصول على عرض ومشورة مناسبين يكون تحت رحمة عيادة الخصوبة الخاصة. باعتبار رفض المحاكم الهندية الحكم في قضايا تتعامل مع استئجار الرحم التجاري ونقص السوابق القانونية وغياب القوانين التي تتعامل مع المسألة، تكون الأمهات البديلات في الهند معرضات

---

(١) Id. at41-42

خصوصًا للاستغلال. وليست الأمور مختلفة كثيرًا في الولايات المتحدة، فبعدم وجود قوانين تتعامل مع الحاجة لتنظيم الصناعة وعدم قدرة الولاية على سد الفجوة تتعرض المرأة الأمريكية أيضًا لخطر الاستغلال. لا تضمن أيًا من الهند أو الولايات المتحدة أن تحصل الأم البديلة على أي عرض سواء نفسي أو طبي أو توفر المشورة للأم البديلة سواء قانونية أو نفسية والذي يضمنها النظام الإسرائيلي.

إن مدي الحماية التي توفرها هيئة الموافقات لا يتوقف عند الأم البديلة ولكنهم يضمنون أيضًا عدم استغلال الأبوين. فعلى الرغم من الأبوين دائمًا ما يعتقد أنهم في الموقف الأفضل في المفاوضات إلا ان هيئة الموافقات تسعى لحمايتهم من الضعف العاطفي أيضًا' حيث أن هيئة الموافقات تتطلب مثل عملية الفرز المرهقة من الأطراف قبل منحهم الموافقة القانونية لعقد استئجار الرحم يمنع القانون الأم البديلة من خرق العقد مع بعض الاستثناءات في ظروف مختلفة.

بالتالي يمكن أن تكون إسرائيل نموذجًا للمجتمع العالمي مع تصحيح عناصر تفرد إسرائيل ثقافيًا وجغرافيًا وفي حجم الشعب والجوانب الأخرى التي لا تتكرر. على الأقل يمكن لإسرائيل أن تشهد على أن التنظيم يمكن أن يساعد الدول على تفادي المخاوف الأخلاقية والاجتماعية التي تنشأ من استئجار الرحم التجاري وفي نفس الوقت بغير خرق خصوصية واستقلالية الأطراف في عقد استئجار الرحم. إن ما يعرض ممارسة استئجار الرحم لأسوأ المعايير الممكنة ويعرض الأم البديلة والأبوين والأطفال إلى أكبر الأخطار هو غياب التنظيم (وهو نتيجة لعدم مواكبة النظام القانوني للتقدم في تكنولوجيا الإخصاب).

وأخيرا مع اختفاء الوصمة المصاحبة لاستئجار الرحم بدأت الدعوة لتنظيم استئجار الرحم تجاريًا في النشاط. توفر الهند مثالاً رئيسيًا لدولة نامية تتعامل مع التحديات للمناطق المتقدمة من القانون المتعاملة مع النتاج الثانوي لتكنولوجيا الإخصاب المتقدمة خصوصًا الاستعانة بمصدر خارجي في استئجار الرحم تجاريًا لعملاء دوليين. والضد المباشر للهند هو إسرائيل، حيث تثبت أن استئجار الرحم تجاريًا يمكن تنظيمه بنجاح. يمثل مخطط إسرائيل التنظيمي نموذجا فعالا للدول التي تسعى لتنظيم استئجار الرحم تجاريًا.

ويرى مؤيدو هذه العملية أنه يجب أن نبدأ في التعامل مع المسألة داخليًا مثل إسرائيل.بالإضافة لذلك يجب أن نعترف بإسرائيل كنموذج ناجح للمنهج البرجماتي للتنظيم استئجار الرحم تجاريًا. إن نظام إسرائيل التنظيمي الشامل يوفر المصادر والبصيرة اللازمة لمنع الأذى من وكالات استئجار الرحم المهملة وعيادات الإخصاب. ما هو أكثر أننا يجب ألا نسمح بمآس جديدة وغضب العامة قبل التعامل مع هذه المسألة فقد حان وقت التحرك.

تعليق الباحثه:..

نرى أن هناك فرقا واضحا وشاسعا بين الانظمة القانونية للدول الثلاث الممارسة لعملية تأجير الأرحام فى دول الولايات المتحدة الامريكية والهند واسرائيل والذى دعم هذا التباين هو ما عكسته لنا السوابق القضائية من ردود افعال اطراف العلاقة فهناك دولة كإسرائيل الذى دعمها هو توجيه هذه العملية تحت هيئة الموافقات ودعمها بخضوعها تحت مظلة القانون المدنى ، بصرف النظر على مسألة التبنى التى وضع لها قالبا جديدا عندما تعارضت مع النظم الدينية لديهم ونرى أن هذا التقنين او النظام الذى وضعته دولة اسرائيل ليس من أجل مساعدة الازواج كما أدعوا أو من جل حقهم فى الانجاب بل من أجل تفعيل ومساعدة النظم السياسية الهادفة للدولة بزيادة نسلها بل ، وأكثر من ذلك مكافأة من يريد أن يتبع هذه الوسيلة وتدعيمه بثوب القانون ، وتلقى الرعاية الصحية العام في إسرائيل الإرشاد من هيئة الموافقات والذى قادنا الى هذا التفكير هو الحكمة من جعل اسرائيل ترفض الحمل التقليدى بل وتحاربه ، نظن من وجهة نظرنا المتواضعة انه يرجع إلى أن عدم رغبتها فى ان تختلط عروقها بأنساب او جنسيات اخرى تعارض اهدافها السياسية أى التوسعية

وذلك يختلف عن الولايات المتحدة والهند — حيث تقع مسئولية حماية الأم البديلة على التنظيم المتطوع من المجتمع (مثل الجمعية الأمريكية لطب الإخصاب والمجلسي الهندي للبحث الطبي) أو على عاتق الممارسين الخاصين (مثل دكتور باتل) — والسبب فى ذلك يرجع الى الدافع المادى لدولة الهند وليس السياسى مثل اسرائيل حتى انه وصل الحد فيه الى تجاهل وسلبية الحكومة الهندية

تجاه الافرد بسبب ما توفره هذه العملية من عملة أجنبية لهذه الدولة لدرجة ان هذه العملية اعتبرت دخل اساسى كالبترول يعتمد عليه الدخل القومى للدولة

مما سبق يتضح أن زيادة الدول لممارسة عمليات استئجار الأرحام التجارية أوجدت أسواقا جديدة في كل من الولايات المتحدة والهند إن الحاجة إلي هذه الأسواق تحكمها الأزواج غير القادرين علي الإنجاب الذين يتجهون إلي الخارج لتأجير الأرحام أو الأمهات البديلة ؛ بسبب قيود مالية شخصية أو قوانين أهلية داخلية ؛

وبالتالى فإن المعوقات التي تواجهه الأزواج الأوربية في تحقيق هذا تلقي الضوء علي كيفية انعكاس العادات الثقافية المحيطة باستئجارالأرحام في عدم قدرة الحكومات علي تنظيم التطبيق خلال تقييد الوصول إلي عمليات الاستئجار التجارية داخل حدودها. إن مثل هذه الإستراتيجية ربما تكون فعالة منذ خمسين عاما مضت، ولكنها لم تعد واقعية اليوم. وفي السوق العالمي يبدو للمواطنين أن يتبعوا قوانين داخلية فعالة حول تأجير الأرحام بواسطة الدخول إلي سياحة الخصوبة[(١)].

"وبينما الطلب علي سياحة الخصوبة[(٢)]. في الهند يرجع بالدرجة الأولي إلي المدخرات التي تعود على الدخل القومى للهند، فان الدوافع الأولية لمعظم الأزواج الأوربيين المشاركين في سياحة الخصوبة هي القوانين الداخلية الصارمة والسمات الثقافية المرتبطة بالاستئجار التجاري في دولهم" فمثلا، هناك بعض الأزواج غير قادرين علي الحصول علي نوع محدد من علاج العقم بسبب فقدان وانعدام التكنولوجيا وانعدام الطلب وعدم توافر العلاج بسبب قيود قانونية أو غيرها"

---

(١) Peter R. Brinsden, Clininal Aspects of IVF Surrogacy in Britain, in Surrogate Motherhood: International Perspectives 99, 100(Rachel Cook et al. eds., 2003)

(٢) (FN78). Id, At 300. الحل الأوربي لتنظيم استئجارالأرحام بالقضاء على سياحة الخصوبة : التى يتم تعريفها علي أنها" شبكة الخدمات التي يتم تحديدها من اجل الإمداد بعلاج العقم إلي المسافرين من الخارج وبهذا يتضح ان سياحة الخصوبة لا تقتصرعلي تنظيمات استئجار الأرحام فقط

والسؤال هنا من وجهة نظرنا كمجتمع إسلامى هل النظام والتقنين التنظيمى الذى تتبعه هذه الدول فى ممارسة عملية تأجير الأرحام هل سيحد منها ويقللها حتى تنتهى كظاهرة عارضة أم إنه سينظمها حتى يثبتها وعندئذ ستتحول من ظاهرة الى وسيلة اعتيادية يتداوله راغبيها.. .

الحل البديل للرحم البديل هو أن الاستمرارفى استخدام تقنية أطفال الأنابيب وتقدم علاجات الإخصاب الأخرى فإن ممارسة استئجار الرحم سوف تستمر وتتوسع. في مجتمع عالمي مندمج يمكن للخمول أن يأتي بعواقب مباشرة على الجميع. من الضروري أن تفهم حكومات دول الإتحاد الأوربي والولايات المتحدة أن تمتنع عن تنظيم استئجار الرحم تجاريًا وسيسبب الجدل الأخلاقي المحيط بالموضوع سيؤدي فقط إلى زيادة المشكلة في هذه الصناعة النامية.وجديربالذكرإن تجنب التنظيم سوف يثقل كاهل الأمم النامية مثل الهند بمصادر وأدوات أقل للإمساك بزمام المسألة.

يجب على دول الاتحاد الأوربي والولايات المتحدة أن تقود تنظيم الممارسة عالميًا. يجب على الحكومات إدراك واجبهم بحماية الأطفال والنساء والأسر من منتهزي الفرص والممارسين المهملين الذين يسعون في الأساس للربح من المناخ القائم من التنظيم اليائس لاستئجار الرحم تجاريًا. ومما لا شك فيه انه لا يمكن حل العديد من مسائل السياسات العامة بداخل عزل الحدود القومية.

لذلك يتطلب النجاح إما التناسق أو التعاون سواء في التغير المناخي أو الأزمة الاقتصادية الحالية لأن استئجار الرحم. وسوف يؤدي الجمود إلى الإضرار بصحة وسلامة النساء والأطفال. سوف تحتاج المحاكم أيضًا إلى الإرشاد من الفروع التشريعية للحكومة في تفصيل معايير قانونية للحكم في النزاعات الخاصة باستئجار الرحم بشكل مناسب أو الاتهام الجنائي لكل من قام بقصد أو بإهمال بالتسبب في ضرر أي من المختصين بالأمر خصوصًا الأطفال الناتجين عن ترتيبات استئجار الرحم.

لقلد رأينا بالفعل ما الذي يمكن لعدم التنظيم أن يفعله بالاقتصاد العالمي. وما هي إلا مسألة وقت حتى يتم الحمل في المزيد من الأطفال خلال استئجار الرحم لآباء غير مؤهلين، مما يتطلب من وكالات الخدمات الاجتماعية في

المستشفيات أن تتدخل، مثلما حدث مع التوأم الهندي الذي ولد لأب غير مؤهل. في الحقيقة فقد أثبت جمود الولايات المتحدة في ٢٠٠٩ أن حالة التوأم الهندي لم تكن حالة منفردة. فاهتمام العامة وغضبهم على ناديا سوليمان وهي أم وحيدة ولا تعمل، ومن المحتمل أنها غير مستقرة عقليًا والتي أنجبت ثمانية توائم، تذكرنا أن الحاجة للتنظيم لا تقتصر على مسألة استئجار الرحم فقط، ولكنها تمتد لتشمل كل الممارسات الخاصة بتكنولوجيا الإخصاب المتقدمة مثل عيادات الإخصاب وعمليات أطفال الأنابيب وممارسى الطب.

المبحث الثانى

النظم القانونية المعارضة لإستخدام الأرحام

وعلى عكس الاتجاه التشريعي السابق الذى يملك حق الغير باستغلال المرأة بجعل رحمها وعاء يحتضن نطف الغير، اتجهت بعض الأنظمة المقارنة إلى معارضة تلك الوسيلة مع وضع عقوبات جنائية ومدنية، وسوف نستعرض أمثلة لتلك الأنظمة مع بيان رأي الفقه الفرنسي المعارض لتلك العمليات موضحين موقفه تجاه أعمال الوسطاء لإتمام طريقة تأجير الأرحام.

(أ) **القانون الفرنسي:**

نص المشرع الفرنسي على العقوبة فى المادة ٢٢٧- ٥ من قانون العقوبات الصادر في ٢٢/يوليو ١٩٩٢ علي عدم تقديم الصغير إلى من له حق عليه كما يعاقب المشرع في المادة ٢٢٧- ١٢ من ذات القانون "كل من يحرض الوالدين أو أحدهما علي ترك الطفل حديث الولادة أو علي وشك الولادة وذلك سواء أكان ذلك مقابل فائدة مالية أم وعد بها أم تهديد أم إساءة استعمال السلطة ويشدد المشرع العقوبة في حالة التوسط بدافع الربح بين من يرغب في تبني طفل واحد الوالدين الذي يرغب في ترك الطفل عقب الولادة أو قبلها. كما تعاقب المادة ٢٢٧- ١٣ علي تغيير الحالة المدنية للطفل.

كما نصت المادة ١١٢٨ من القانون المدني الفرنسي، بأن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا إذا كان محله مما لا يقبل التداول مثل الإنسان الآدمي فإذا نشأت منازعات حول تسليم الطفل في حالة استخدام وسيلة الأم البديلة في

الإنجاب فلا يتم الفصل فيها وفقا للعقد؛ لأنه باطل بل يكون الرجوع بشأنها إلي القواعد العامة واختيار الحل يكون وفقا لمصلحة الطفل[1].

وعلي نص المشرع الفرنسي في المادة ٧/١٦ من القانون رقم ٩٤- ٦٥٣ والصادر في ٢٩ يوليه لسنة ١٩٩٤م علي أنه: "تبطل كل الاتفاقات المتعلقة بالإنجاب أو الحمل عن الغير". كما نص في المادة ٤ من القانون السابق علي إضافة فقرتين للمادة ٢٢٧ عقوبات فرنسي تقرر عقاب أفعال الوساطة بين المرأة الحامل وبين الزوجين الراغبين في الإنجاب بعقوبة الحبس سنة والغرامة مائة ألف فرنك فرنسي ويعاقب بنفس العقوبة السابقة حالة الشروع في ارتكاب الأفعال السابق وتضاعف العقوبة في حالة اتخاذ الوساطة شكل الاعتياد أو كان الهدف منها هو الربح.

لو دققنا النظر فى نص المادة ١٦/ ٧ السابقة لوجدنا لفظي الإنجاب والحمل عن الغير ماذا قصد المشرع بهذين اللفظين ويعني الحمل لصالح الغير: -

أن يتم الاتفاق علي الحمل البديل بنطف الزوجين التناسلية مع الالتزام بتسليم الطفل لأبويه البيولوجيين.

أما الإنجاب البديل فيعني : - الاتفاق بين الزوجين والحامل علي توليد طفل لا يتصل بالزوجين بيولوجي، بل تكون خلاياه التناسلية مصدرها الأم الحامل وزوجها مثلاً أو يكون مصدرها التبرع هذا ما يفرق بين الوسيلتين الحمل والإنجاب لصالح الغير، لكن الذي يجمع بينهما هو الاتفاق الوارد بينهما والذي مقتضاه التزام المرأة الحامل بتسليم الطفل بعد الولادة مباشرة، وهذا هو ما أراد المشرع الفرنسي إبطاله مدنياً.

ويحسب للمشرع الفرنسي تعميم الحظر على جميع أفراد العلاقة، بمعنى أن الحظر الوارد في ذات المادة الاتفاق علي الحمل أو الإنجاب لصالح الغير بصفة عامة، فيستوي بذلك أن يكون هذا الغير من الزوجين أو من أصحاب العلاقات الحرة أو حتى الشواذ، كما أن ورود لفظ الغير بصفة عامة يعني كذلك امتداد

---

(١) المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، محمد عبد الوهاب الخولي ص ١٠٠ وما بعدها.

الحظر لهذا الغير سواء كان شخصا واحدا أو عدة أشخاص مثل النساء المطلقات أو الأرامل أو العزب، وقد يكون هذا الغيررجلا لا يرغب في الزواج أو من الشواذ أو مطلقا أو أعزبا. لذا يحسب للمشرع الفرنسي محاربة أنظمة الحمل البديل بين كافة علاقاتها، ويتضح جلياً أن موقف المشرع الفرنسي ليس بجديد، فقد سبق وعارض تلقيح الزوجة نفسها بعد وفاة زوجها وهذا فمن الأحق أن يعد أجازته للتبرع بالرحم.

نرى أنه يؤخذ على مسلك المشرع الفرنسي بيد أنه فصل بين أفراد العلاقة من حيث الجزاء المدنى والجزاء الجنائي، بمعنى أنه قصر الجزاء الجنائي على مكاتب الوسطاء وأمثالها، بل وخصص لهم عقوبات مشددة.

وفى رأينا أراد المشرع ذلك حتى لا ينقلب الموضوع إلى تجارة يكون المتحكم فيها هو مكاتب وهيئات الوساطة ولكنه قصر الجزاء المدنى لأطراف العلاقة التى تتم من خلالهم عملية الإنجاب بواسطة الرحم المستأجر المتمثل فى صورة بطلان العقد أو الاتفاق المبرم بينهما دون وضع جزاء جنائي، معنى ذلك أنه لو تمت هذه العملية دون وسيط لأجاز المشرع الإنجاب بطريقة الرحم المستأجر.

كما نرى من خلال السياق السابق أن المشرع الفرنسي اهتم بالصالح العام المتمثل فى الحد من المشاكل التى تؤدى إلى المنازعات القضائية والتى قد تنشا بين أطراف العلاقة سواء أكان من الزوجين أو صاحبة الرحم المستأجر أو الوسطاء وغفل عن مصلحة الطفل المتمثلة فى حمايته بتوفير الحياة التى سيأتى فيها فى ظل علاقات واتفاقات ليس له دخل، فيرى بعض الفقهاء ترجيح المشرع الفرنسي لمعيار ثبوت النسب بالولادة علي المعيار البيولوجي لثبوتها ويؤكد ذلك لديهم البطلان المقرر لهذه الاتفاقات علي الأمومة بالإنابة والذي يرتب آثره في حرمان المرأة التي تلقي بنطفتها الملحقة بمنى زوجها في رحم غيرها من الطفل المتولد من هذا الاتفاق مما لا يمنحها الحق فيها قانوناً، كما لا تقبل لها أية دعاوى تتعلق بثمة حقوق لها علي الطفل من ناحية نسبه وحضانته ويؤكد ذلك كما ذكرنا ترجيح معيار ثبوت الولادة علي معيار الوراثة في ثبوت نسب الطفل جهة

أمه، ويتفق ذلك مع المعيارالذي وضعه الشارع الفرنسي بصفة عامة لثبوت نسب الطفل لأمه في الأصل.

وتعليقا لما سبق ذكره نجد أن المشرع الفرنسي قد أخفق عندما رجح الأم بالرحم على الأم البيولوجية، حيث أنه تصور أنه بهذا التفضيل يكون قد وضع الحل فى الحد من التنازع واقتصار هذه الممارسات، كما أنه اعتقد أن بهذا التفضيل يكون قد عاقب الأم البيلوجيية بالتصرف فى نطفتها الملقحة بنطفة زوجها ووضعها فى رحم غيرها، طلبا لإنجاب الطفل وأغفل المشرع الفرنسي مصلحة الطفل فى حرمانه من أمه البيولوجية التى تكون فى الغالب صاحبة العز والجاه، وتناسى باعتبار أن الأم بالرحم غالبا ما تكون فى معظم الاحيان من الطبقة الفقيرة لاضطرارها للجوء بمثل هذه التصرفات بعرض رحمه للإيجار لحساب الغير فكيف يرث الطفل أمه الوالادية لو أطلقنا عليها هذا التعبير علما بأنها قد أبرمت اتفاقا سابقا على الحمل والتسليم بمجرد الولادة فى معظم الأحيان.

(ب) القانون الالمانى:

اهتم القانون الألمانى بحماية البويضة المخصبة بصفة عامة ويرجع السبب فى ذلك للتجارب الصعبة التى مر بها الشعب الألمانى فى الحرب العالمية الثانية، حيث استخدم فيها الإنسان كحقل تجارب مما جعله محلا للانتهاكات أمام النازية[1] وأمام التقنيات الحديثة ظهرت لجأن مشكلة لدراسة هذه الظواهر الحديثة مما جعلها اشد ابستاءا تجاه وسيلة تأجير الأرحام لذا فقد صدر قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٨٩ معدلا بعض احكام قانون التبني، وكانت اللجنة المكلفة بإعداده قد ضمنته نصوصا تعاقب كل من يقترب من النشاط بصلة معينه ابتداء من الأمهات صاحبة الرحم المستأجر والأزواج والوسطاء ثم الطبيب على تجريم فعل الوساطة أيا كان شكلها سواء أكانت بمقابل أو بالتبرع وأيضا جرم فعل الطبيب القائم بعملية الإنجاب، أما الطرفان الأم المستأجرة أو الزوجان فلا يقع سلوكهما فى

(١) د/ طارق عبد الله محمد ابو حوه - الإنعكاسات القانونية للإنجاب الصناعى — ص ٢٦٨ المرجع السابق.

منطقة الحظر وفى سنة ١٩٩٠ تدارك المشرع الالمانى خطورة الموقف لزيادة ما يقرب من ألف طفل ولدوا بوسيلة أرحام مستأجرة.

هذا وقد خصص القانون الصادر سنة ١٩٩٠ فقرة لهذه الوسيلة مادة ١/١ سابعا والتى تنص على "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو الغرامة لمن يجرى عملية تلقيح صناعى أو نقل بويضات مخصبة لامرأة بغرض أن تتنازل الأخيرة عن الطفل بعد ولادته لامرأة أخرى".

كما تنص الفقرة الثالثة ثانيا من ذات المادة على أنه "لا تخضع لهذه العقوبة المرأة التى ترغب فى الاحتفاظ بالطفل المرأة الحامل".

ويتضح من النصوص السابقة أن الأمومة تثبت قانونا للمرأة التى وضعت الطفل ولا يستطيع أحد إجبارها على التخلي عن طفلها ولو تمت العملية وتسلم الزوج أى الأب البيولوجي الطفل فيمكن لزوجته طلب التبني الكامل وتلخيصا للسياسة العامة نسرد العقوبتين.

الجزاء المدني:

وهو بطلان كافة الاتفاقات المتعلقة بالحمل البديل والتي تلتزم فيها المرأة الحامل بتسليم الطفل عقب الولادة مباشرة مع ما يترتب علي ذلك من الآثار خاصة بتلك التي ترتبط بانتساب الطفل لأمه الحامل التي ولدته مع بطلان التخلي عنه للأم البيولوجية.

الجزاء الجنائي:

تجريم أشكال الوساطة للأعمال الإنجابية وتجريم كافة أعمال الطبيب القائم بها مع عدم امتداد العقوبة إلى الأطراف الأساسية التى أبرمت الاتفاق.

(ج) القانون البريطاني

اهتم القانون البريطانى[1] بالنظر والبحث فى هذه المسألة لذلك تم تأليف لجنة لدراسة ظاهرة الرحم المستأجر من كافة جوانبها برئاسة مدام ماري وارنك

---

(١) فى التجارب العلمية على الإنسان أمام النازية راجع :- L experimentalion maine eu – Allemagne Naz iede 1990 -9-1945 Cahiers Leanec 1952 – n-2-p-40

في يوليو ١٩٨٢، حيث تناولتها من الجوانب الاجتماعية والدينية والقانونية والأخلاقية وغيرها.

واستمرت الدراسة حوالي عامين، حيث قدمت نتائجها في تقرير تام بها إلى البرلمان في يونيو ١٩٨٤ وتدخل المشرع الأنجليزى في ١٦ يوليه فنظم الحمل لصالح الغير في اتجاه التقليد والحظر في القانون المسمى Surrogocy ولقد حدد المشرع فيه الأنشطة المجرمة والمحظورة حيث حظر التدخل بأي شكل من أشكال الوساطة بغرض إتمام هذه العملية "اطلع بها أو تدخل في جزء منها أو جمع معلومات عن الطرفين لخدمة المفاوضات م/١ خاصة إذا اتخذ النشاط الشكل التجاري سواء لصالح الشخص أو لصالح شخص آخر، سواء تسلم هو المقابل مباشرة أو شخص آخر شريك معه م/٣ قبل إتمام العملية أم بعدها وأيا كان مقدار هذا المال.

ووضع عقوبة على من يخاف هذه النصوص بالحبس مدة لا تزيد عن أربعة أشهر، ولقد حظر المشرع في هذا القانون كل أنواع الإعلانات التي تتم بغرض البحث عن نساء تقبل الحمل لصالح الغير أو الإعلان لراغبي هذا النشاط أيا كان فحوى الإعلان أو الشكل الذي خرج فيه، وسواء تضمن الإعلان عن استعداد شخص للتفاوض أو تسهيل التفاوض لتحقيق هذا الاتفاق أو قيامه بالبحث عن نساء راغبات في الحمل لصالح الغير أو شخص يرغب في امرأة لحمل طفل أياً كان مكانها أو وسيلة إخراجها "الجرائد أو أية إعلانات يومية تنشر في المملكة المتحدة" م/١ (المالك – المخرج – الناشر لأية إعلانات يقع تحت طائلة النص).

م/٢ وتشمل الإعلانات المسموعة أو المرئية والناشر لهذه الإعلانات أو المشترك فيها أو الموزع لها أو المشترك في التوزيع.

ويعد صدور قانون تنظيم إجراءات الإنجاب من خلال الأم البديلة في المملكة المتحدة عام ١٩٨٥[1]. وقد اتجه المشرع إلى تحريم كافة الإجراءات التحضيرية أو التنفيذية المتعلقة بالوسيلة المشار إليها إذا كان الدافع هو الاتجار

---

(١) Surrogacy Arrangement, Act, 1985

والتي تصدر من الغير سواء بالنسبة للأفراد أم الهيئات أيا كانت طبيعتها ويندرج تحت ذلك أفعال التحريض والاتفاق والمساعدة والاعلان.

ولا يخضع الطبيب وفقا لذلك القانون إذا اقتصر سلوكه علي إجراءات مساعدة الأم علي الوضع أو الإشراف علي الحمل بعد حدوثه إذا لم يكن قد شارك في الأعمال السابقة علي ذلك التي يجرمها المشرع والتي تهدف إلي تشجيع هذه الوسيلة خاصة إذا كان الغرض هو الربح(١).

ولقد أضاف القانون الصادر في ١ نوفمبر ١٩٩٠ تعديلاً حيث أعطى للقضاء رخصة من شأنها أنه يمكن اعتبار الطفل الذي يولد نتيجة للحمل لحساب الغير سواء بطريق التخصيب في الأنبوب مع نقل البويضة أو بطريق الإنجاب الصناعي اعتباره كانه من زواج عادي.

ويلاحظ أن المشرع الإنجليزى لم يجرم العملية ذاتها إذا تم علي سبيل التبرع وكذلك سلوك المرأة التي ترغب في الحمل وتتقدم متطوعة لذلك ولا الزوجين الذين يبحثان عن امرأة لحمل طفلهما وبالتالي ظلت هذه العملية تزاول في نطاق التبرع والحظر يقع علي النشاط بمقابل أو الإعلان عنه، ومع مرور الوقت بدأت تقل حدة الاعتراضات علي الوسيلة إذا اتخذت الشكل التبرعي(٢).

(د) **القانون السوداني:**

ورغم من أن المشرع السوداني لم ينص صراحة علي بطلان الحالة موضوع الكتاب إلا أن القواعد العامة في قانون المعاملات السوداني لسنة ١٩٨٤ تجعل مثل هذه العقود باطلة باعتبارها عقود غير مشروعة إذ تنص المادة ٧٨ - ٢- منه علي أنه (يجب أن يكون محل العقد جائزا شرعا وإلا كان العقد باطلا). وتنص المادة ٨٤ - ٢- من ذات القانون بأنه (يجب أن يكون السبب سبب العقد موجودا وصحيحا ومباحا وغير مخالف للنظام العام أو الآداب). فإذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب لأنه يتعلق بالتصرف في حسم الإنسان بما يخالف القانون والآداب العامة والنظام العام. كما أن علاقة الشخص بأسرته

(١) Medical Law, lan kennedy and Andrew Grubb. P.712

(٢) جاكلين دافيشي: المرجع السابق، ج ٣٥، ١٩٩٢ - ٢ص ١٤٤.

وماله من حقوق وما عليه من واجبات يعتبر من النظام العام والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعد أيضاً من النظام العام والآداب.

هذا وقد أعلنت الحكومة الهولندية عام ١٩٨٨م أن عملية تأجير الأرحام غير مرغوب فيها، وأنه لاوجه لتنظيمها أو الرقابة علي تنفيذها؛ لأن ذلك يعني الاعتراف بها والتشجيع عليها وحذرت الأطباء من الالتجاء إليها(١).

(هـ) الولايات الامريكية التى حظرت من إستخدام الارحام لصالح الغير :-

من الولايات التى لا يسمح لها بمزاولة تأجير الأرحام أن مقاطعة كولومبيا واحدى عشر ولاية تحظر اتفاقات استئجار الأرحام فى كل أو بعض الحالات، إن مقاطعات "كولومبيا وفلوريدا" تحظر إستئجار الأرحام لجميع الأفراد الغير متزوجين، " ولايتى إنديانا ولويزيانا " تمنع تأجير الأرحام التقليدية"؛ ولايتى نبراسكا ومتشجن "تمنع اتفاق تأجير الارحام بالمقابل المادى، نبفادا تمنع تأجير الأرحام للأفراد الغير متزوجين. "ولايات نيويورك ونورث داكوات وتيكساس " تمنع تاجير الرحام لجميع الافراد الغير متزوجين وكذلك ولايات يوتاه وفيرجينيا.

أما باقى الأربع وثلاثين ولاية فلديها قوانين مختلفة وغير واضحة او أحكام فى دعاوى قضائية ما إذا كان يسمح لأتفافات تاجير الرحام بتلك الولايات(٢).

---

(١) المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، د/ محمد عبد الوهاب الخولي، ص ١٠٢.

(٢) (اجع قوانين الولايةعلى الموقع الاتى)

www. Hec.org Or http://www allaboutsurrogocy. com/ surrogacglaws. htm

- قانون ولاية كولومبيا/ ولاية إنديانا/ ولاية متشجن لتأجير الأرحام:

كل أتفاقات تأجير الأرحام وبغض النظر على التوجه الجنسى للأفراد المعنين محظورة بواسطة قوانين ولاية كولومبيا.

- قانون ولاية جورجيا/ وولاية هاواى/ ولاية ماين/ ولاية يومنج/ ولاية ثاوث دوكاتا/ مونتانا/ ولاية ميسيسبى لتأجير الارحام :-

من غير الواضح كيفية أن قانون ولاية جورجيا يتعامل مع اتفاق تأجير الارحام لأنه لا يوجد أحكام قانونية أو قضايا معلنة تتعامل مع مسألة تأجير الأرحام.

- قانون تأجير الارحام بولاية ألاباما :-

=

=

إن قانون ولاية الاباما لا يخاطب تاجير الارحام مباشرة. لكن على الأقل فإن محكمة واحدة لديها معرفة واضحة بالحقوق الأبوية للمشاركين الغير بيولوجين فى أتفاقات تأجير الأرحام

- قانون تأجير الأرحام بولاية الاسكا :.

إن النظام الاساسي بولاية الاسكا يلتزم الصمت فيما يتعلق بتأجير الارحام والحالة القضائية الوحيدة التى أخبر بها تحت هذا الصدد تم الحكم فيها على غير المعطيات الحقيقية للقضية !!!

- قانون أستئجار الرحام بولاية أريزونا :.

إن قانون ولاية اريزونا يحرم كلا من أتفاقات تأجير الأرحام التقليدية (والتى بها تكون الرحم المستاجرة هى ايضا الام المساهمة بالبويضة) واتفاقات تأجير الارحام بالانابة (والتى بها تكون الرحم المستاجرة ليست الام المساهمة بالبويضة) ولكن جزءا من هذا التشريع تم إلغائه لعدم دستوريته من قبل محكمة الاستئناف.

- قانون أستئجار الأرحام بولاية كاليفورنيا :

تتقبل ولاية كاليفورنيا باتفاقات إستئجار الرحام. فى حين أن الولاية لا تملك قوانين محدددة بشأن تأجير الارحام واستخدمت محاكم كاليفورنيا نموزج ACT للأبوة من أجل تفسير العديد من القضايا فيما يتعلق بحقوق أستئجار الأرحام , وفى الحقيقة , واحدة من اكثر القضايا المؤثرة فى البلاد فيما يختص بحقوق استئجار الارحام تم الحكم فيها فى ولاية كالفورنيا.(Johnson V. calvert)

- قانون ولاية كونيكيتكت لتأجير الأرحام

إن قانون تأجير الأرحام فى كونيكتيكت غير محدد ولكنه موجود. حيث ان التشريعات الاساسية للولاية صامتة فيما يتعلق بتأجير الأرحام ولكن هناك بعض القضايا التى نظر فيها بخصوص هذا الموضوع بما فى ذلك القضية المتعلقة بالازواج وحيدى الجنس.

- قانون ولاية دلاوار لاستئجار الارحام

فى حين ان قوانين ولاية دلاوار لا تتناول اتفاقات تأجير الارحام، فإن الأحكام فى محكمة واحدة على الأقل تشير الى أن هذة الاتفاقات تتعارض مع السياسة العامة للولاية.

- قانون ولاية فلوريدا لتأجير الارحام: -

من قانون ولاية فلوريدا يسمح صراحة لكلا من من عقد تأجير الارحام التقليدى او الحمل بالانابة (الام البديلة التى ليست المساهمة البيولوجية للبويضة) ولكنها لا تسمح بهما فى حالات الازواج من نفس الجنس.

- قانون ولاية إيداهو. لتأجير الأرحام : -

لا تخاطب تشريعات ولاية إيداهو إتفاقيات تاجير الارحام. و لكن بعض احكام القضايا المتعلقة بهذا الصدد قد تكون قابلة للتنفيذ فى تلك الولاية.

- قانون ولاية إلينويز لتأجير الأرحام : -

أن قانون ولاية إلينويز يسمح بعقود تأجير الأرحام بلأنابة (حيث تكون الام بالأنابة ليست المساهمة البيولوجية للبويضة) ولكنه لا يتناول عقود تأجير الأرحام التقليدية (حيث تكون صاحبة الرحم المستاجرهى المساهمة البيولوجية للبويضة)

- قانون ولاية لوا لتأجير الأرحام : -

=

=

اتفاقيات تأجير الارحام تبدو مقبولة ضمنيا فى ولاية لوا . وعلى الرغم من ذلك لا توجد قوانين محددة بشأن هذا الموضوع فى تلك الولاية.

- قانون ولاية كانساس لتأجير الأرحام : -

ايضا لا تبدو واضحة تلك القوانين التى تتعامل بها الولاية مع قضايا تأجير الارحام ولكن الرأى العام يوضح ان تلك الاتفاقيات غير قابلة للتطبيق فى الولاية.

- قانون ولاية كينتوكى لتأجير الأرحام : -

لا توجد قوانين واضحة فى الولاية تخاطب تلك القضية . ولكن هناك اتجاه فى المحكمة الدستورية العليا بالولاية ينادى بأحتمالية الموافقة على عقود تأجير الارحام الغير مدفوعة الاجر

- قانون ولاية لويزيانا لتأجير الأرحام : -

تمتلك ولاية لويزيانا تشريعات تعتبر اتفاقيات تأجير الارحام التقليدية المدفوعة الاجر باطلة وغير قابلة للتنفيذ ولكنها لا تخاطب تلك الموضوع فى حالة عدم وجود تعويض مادى او فى حالة اتفاقيات تأجير الرحم بالأنابة.

- قانون ولاية ماريلاند لتأجير الأرحام : -

بينما لا توجد تشريعات تختص تلك القضايا فى ولاية ماريلاند .تجعل بعض القوانين المتعلقة بتلك القضايا عقود تأجير الارحام بلا اجر غير قابلة للتطبيق.

- قانون ولاية ماسستشوسيت لتأجير الأرحام : -

لا تملك هذه الولاية اية قوانين تحدد العلاقات بالنسبة لتأجير الارحام ولكن بعض القضايا تم النظر فيها ببعض القوانين المشابهة.

- قانون ولاية مينيسوتا لتأجير الأرحام : -

إن لمن غير الواضح أن قانون ولاية مينيسوتا يعامل أتفاق تأجير الأرحام حيث لا يوجد أحكام قانونيه أو قضايا معلنة تتعامل مع مسألة تأجير الأرحام ومع ذلك يوجد رأي للمحكمة غير منشور وأدلة تشير إلى أن الولاية سوف توافق على تطبيق اتفاقات تأجير الأرحام.

قانون ولاية ميسورى لتأجير الأرحام : -

إن قانون ولاية ميسورى لا يتعامل مع قضايا تأجير الأرحام مباشرة ومع ذلك فأنه من الممكن أن يكون هناك انتهاك فى قوانين الأتجار بالأطفال فالولاية.

- قانون نيبراسكا لتأجير الارحام : -

إن قانون ولاية نبراسكا يصرح بأن اتفاقات تأجير الارحام ذات التعويض باطلة وغير قابلة للتنفيذ ولكم من الممكن أن تطبق بدون التعويض.

- قانون ولاية نيفادا لتأجير الارحام : -

إن قانون ولاية نيفادا يسمح صراحة للمتزوجين فى الدخول فى أتفاقات لتأجير الأرحام. ولكن التشريعات المحلية طرحت بعض الاسئلة بخصوص احتمالية تدخل الشواذ ومزدوجى الجنس والمخنثين فى تلك الاتفاقيات القابلة للتطبيق.

- قانون ولاية هامبشير/ بولاية اركانساس/ ولاية فيرمونت لتأجير الأرحام : -

أن القانون الجديد لولاية هامبشير يسمح بعقود تأجير الأرحام.

- قانون ولاية نيو جيرسى لتأجير الأرحام : -

إن قانون ولاية نيو جيرسى يسمح فقط بأتفاقات تأجير الأرحام بالأنابة (والتى بها تكون الام البديلة ليست المساهمة البيولوجية للبويضة)

=

=

- قانون ولاية نيو ميكسيكو/ ولاية اوريجون/ ولاية واشنطون لتأجير الأرحام :-
يعتبر قانون ولاية نيو ميكسيكو بأنة فقط يسمح بأتفاقات تأجير الأرحام الغير تعويضية.
- قانون ولاية نيويورك لتأجير الأرحام :-
كل أتفاقات إستئجار الرحام بعض النظر عن التوجهات الجنسية للأفراد المعنيين باطلة وغير قابلة للتنفيذ بموجب قانون ولاية نيويورك
- قانون ولاية نورث كارولينا لتأجير الأرحام :.
إن ولاية نورث كارولينا ليس بها قوانين مباشرة بخصوص تأجير الارحام. ومع ذلك فقد ظهرت بعض القوانين التى تسمح اتفاقيات تأجير الارحام الغير مدفوعة الآجر.
- قانون ولاية أوهايو لتاجير الرحام :.
إن قانون ولاية اوهايو لأستئجار الارحام غير واضح. ومع ذلك فإن العديد من قرارات المحاكم تدل على شرعية اتفاقيات تأجير الارحام بالولاية.
- قانون ولاية نورث دوكاتا لأستئجار الارحام :.
بحسب قانون ولاية نورث دوكاتا فإن أتفاقات إستئجار الأرحام التقليدية (والتي تكون الام بالأنابة هي المساهمة البيولوجية للبويضة) غير مشروعة وغير قابلة للتنفيذ ولكن أتفاقات إستئجار الارحام البديلة (والتي بها تكون الام بالانابة ليست المساهمة البيولوجية بالبويضة) قانونية وقابلة للتنفيذ.
- قانون ولاية كولورادو :
لا يوجد بولاية كولورادو قوانين تتعامل مباشرة مع قضية تأجير الارحام.
- قانون ولاية اوكلاهوما لأستئجار الارحام :
ليس لولاية اوكلاهوما تشريع قانوني يتعامل مباشرة مع قضية إستجار الأرحام ولكن دل رأى المدعى العام على أن أتفاقات إستئجار الأرحام التعويضية تعتبر غير مشروعة لتعارضها حينئذا مع قضية الإتجار بالأطفال. ومع ذلك فإن الأتفاقات الغير تعويضية مسموح بها.
- قانون ولاية بن سيلفينيا لأستئجار الأرحام
إن قانون ولاية بن سيلفينيا لإستئجار الأرحام مبهم. حيث يبدو أن أتفاقات استئجار الارحام التعويضية تعتبرغير قابلة للتنفيذ ومع ذلك. فإن بعض الترتيبات وضعت من خلال منظمة معروفة قانونيا تبدو أنها شرعية ا.
- قانون ولاية رود أيلاند/ ولاية ثاوث كارولينا لأستئجار الرحام :.
إن قانون ولاية رود ايلاند لا يخاطب إستئجار الرحام مباشرة ولكن يبدو أنه صدق على الاقل على بعض أشكال استئجار الأرحام.
- قانون ولاية تينيسى لتأجير الأرحام :.
أعطى قانون ولاية تينيسي وجهة قانونية لقضية استئجار الارحام ولكنه ايضا لم يدعو لا بالاعتراف بالقضية ولا بحظرها .
- قانون ولاية تكساس لتأجير الأرحام :.
سمح قانون ولاية تكساس صراحة باتفاقيات تأجير الارحام بالأنابة حيث لا تكون الرحم المؤجرة هي المساهمة البيولوجية بالبويضة . ولكنه حظرها على الازواج من نفس الجنس.
- قانون ولاية يوتاه لأستئجار الأرحام :

=

ومن الولايات التى عارضت هذه الوسيلة كما سبق وأن ذكرنا " أنديانا، نيوجرسى، لويزان، فلوريدا وحجة هذه الولايات فى مسألة الحظر أن المرأة شخص له ذاتيته وكرامته وأنه ليس كوعاء للإنجاب هذا بالإضافة إلى مخاطر هذه العملية على صحة المرأة نفسها وخاصة أن النساء اللائى يملن إلى هذه الطريقة من طبقات المجتمع الفقيرة[1].

(و) موقف الفقه القانوني المصرى:

بالرغم من أهمية دورالقانون المصري فى الحفاظ علي البنيان الطبيعي للأسرة وكذلك التنظيم الاجتماعي للعلاقة الجنسية التى تعد الوسيلة الوحيدة للزواج الذى يعتبر النواة الأولى لتكوين الأسرة وما يتمثل فيها من قيم أخلاقية وهذا لضمان صبغ الحماية المطلوبة لتنمية المجتمع وهذا لن يتحقق إلا بتطبيق نصوص الدستور الخاص باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للقانون المصري[2].

=

سمح قانون ولاية يوتاه صراحة باتفاقيات تأجير الارحام بالأنابة حيث لا تكون الرحم المؤجرة هى المساهمة البيولوجية بالبويضة ، ولكنه حظرها على الازواج من نفس الجنس.

- قانون ولاية فيرجينيا لأستئجار الأرحام :

سمح قانون ولاية فيرجينيا صراحة باتفاقيات تأجير الارحام بالأنابة حيث لا تكون الرحم المؤجرة هى المساهمة البيولوجية بالبويضة ، ولكنه حظرها على الازواج من نفس الجنس.

- قانون ولاية وسكونسن/ وست فيرجينيا لأستئجار الأرحام :

لا يوجد بالولايتين قانون يعتني مباشرة بقضية تأجير الارحام ولكن هناك اكثر من محكمة أقرت بالحقوق الابوية لأحد الاباء ليس لا علاقة جينية بطفله فى ولاية وسكونسن

(١) (راجع رويلين دفيشى الام البديلة النوع الأول والثانى – منشور فى دورية C. F. E. E. S - رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ - ١ - ص ١٥٢

(٢) نقلنا في صدر هذه الدراسة نصوص المواد ٢، ٩، ١٢ من الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ وهي ينص الدستور المصري في مادته الثانية علي أن: "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".
وتنص المادة التاسعة من الدستور نفسه علي أن: "الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق والوطنية".
وتنص على المادة الثانية عشرة من الدستور علي أن: "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية والتراث التاريخي للشعب والحقائق العلمية والسلوك الاشتراكي والآداب العامة وذلك في حدود القانون.

إلا انه يؤخذ على المشرع المصري تقاعسه فى حماية العلاقات الجنسية من أية ممارسة غير مشروعة حيث أن حمايته اقتصرت علي منع الممارسات غير المشروعة التي تتم ضد أرادة المجني عليه دون إرادته. ومن ثم فإنه ينحصر نطاق التجريم في ظل القانون المصري في الأفعال التي تعد اعتداء علي الحرية الجنسية وهي الأفعال التي ترتكب دون رضاء صحيح قانونا من المجني عليه أو التي تعد اعتداء علي تنظيم اجتماعي أو علي الحقوق التي يرتبها هذا التنظيم لأطراف العلاقات التي تحكمها قواعده القانونية(١). وبالتالى غياب دوره بخصوص تطبيق النصوص القانونية بشأن علاج المستحدثات الناتجة من جراء بعض الانعكاسات الطبية الحديثة المتعلقة بالأسرة.وعلى سبيل المثال جريمة إنجاب طفل بوسيلة إستخدام الأرحام حتى أقر مجلس الشعب المصرى القانون الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم "٥" لسنة ٢٠١٠، وبهدف مكافحة الاتجار(٢) إلا إننا لنا بعض التحفظات على تلك القانون سالف الذكر التى سوف نتطرق إليها فى المطلب الثالث من الباب الاول إن – شاء الله تعالى – .

وعلي أي حال فإن النوازل الطبية المستحدثة تحتاج إلى نصوص قانونية مرنه وفى نفس الوقت تكون رادعه تتلاءم وتتماشى مع التقدم العلمي، وخير مثال القضايا المتعلقة بالرحم المستأجر تدخل ضمن المسائل الاجتهادية التي لم تتناولها أدلة خاصة بها، لأنها مسائل ونوازل مستحدثة، وهي وليدة التقدم العلمي والاكتشافات المعاصرة وعلى اثر هذه الاجتهادات ذهب بعض من الفقه المصري إلى أن محل عقد الرحم المستأجر يشوبه البطلان المطلق، ويرجع ذلك من وجهة نظر هذا الفقه لما يمثله هذا العقد من المساس المرأة الحامل مساساً جسيماً. ذلك أن وضع جسم الإنسان تحت تصرف الغير لا يجوز إلا في سبيل الاستثناء كعقد العمل والمساس به في التجارب العلاجية(٣).

---

(١) محمود نجيب حسني، ، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الإعتداء علي الأشخاص، ، القاهرة ١٩٧٨ رقم ٣٣٤ ص ٣٣٠

(٢) لمزيد الى التفصيل مشار إليه فى موقف القانون المصرى ن نقل عضو الرحم من ذات الكتاب.

(٣) د/ محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، جامعة عين شمس ١٩٩٠، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

ولا يخفى ما يؤدي إليه نظام الحمل البديل من تصوير الأم الحامل علي أنها مجرد وعاء أداة لصنع الطفل فالتصرف لا يرد علي جسد المرأة الحامل وحدها بل يرد أيضاً علي الطفل فقد يتعرض هذا الطفل لعدة مخاطر نتيجة استيلاده بطريق التشتيت ما بين امرأتين

كما ذهب بعض من الفقه المصري إلى وصف ركن المحل في عقد الرحم البديل أنه تقديم رحم خالياً وظاهراً فلا مناص من أن يكون الرحم غير مشغول بحمل وجهازها التناسلي طاهراً من كل معوقات الحمل بأن تكون غير نفساء أو حائض[1].

- ولقد ذهب البعض إلى أن عقد ايجار الارحام يبطل لعدم مشروعية السبب بالرغم من أن محل الالتزام في ذاته مشروع ؛ حيث يتمثل السبب في عقد ايجار الرحم عند هذا الاتجاه في الحصول علي المولود ونسبته الي غير امه الحقيقية فهو دون شك سبب غير مشروع ؛ لأن أحكام النسب تتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق علي تعديل أحكامها ونسبة المولود لغير أمه الحقيقة، وهي الأم التي لا يمكننا التسليم ببطلان عقد الرحم البديل تأسيساً علي بطلان محله الذي صوره الاتجاه السابق بكونه محلاً مزدوجاً فجعل بذلك من المرأة والطفل محلاً لعقد الرحم البديل ثم تراه يحدد مبنى البطلان في المساس الذي يتصف بالخطورة ويتعلق بجسد الحامل، وكذلك الأخطار المحدقة التي يحتمل تعرض الطفل لها بمعنى أن الخطورة الجسيمة التي تنصب علي محل عقد الرحم البديل من الأم والطفل تبطل عقد الأمومة البديلة من الأصل. كما لا يمكننا قبول اقتصار التزامات الحامل التي ترتبها فكرة الرحم البديل علي تقديم رحم خال وطاهر.

نرى أن السبب الدافع إلي تعاقد الزوجين مع الحامل البديلة هو الرغبة في الحصول علي الولد وهي رغبة في حد ذاتها مشروعة، وإنما الذي يبطل التعاقد هو عدم مشروعية محل التزام الحامل البديلة بتسليم الطفل عقب ولادته لأبويه

---

(١) د/ عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٤١٦ ، ص ١٢٦.

الوراثيين، وتجاهل وضع الام بالرحم لأن القانون المصري قد أخذ بواقعتي الحمل والولادة كمعيار لثبوت نسب الطفل جهة أمه كقاعدة وتسليم الطفل إلى أمه الوراثية، وذلك يشكل مساساً بحالة الطفل المدنية نتيجة احتمال فقده الانتساب لإحدى المرأتين أو فقده الانتساب كذلك للأب الوراثي مع الوضع في الاعتبار عمق الانتماء وقوة العلاقة ناحية كل من الأم الجنينية والأم التي حملت ووضعت.

المبحث الثالث

موقف الفقه والقضاء من إستخدام الأرحام

...... في ظل التقدم العلمي في مجال الإنجاب الصناعى والذى نتج عنه ظاهرة التعامل على الأرحام فقد ظهر واضحا جهود الفقهاء فى المجال القضائى والاجتماعي المؤيد لكل وسيلة تؤدي إلى قهر العقم الذي قد يسبب مشاكل عميقة للفرد والمجتمع، وإن من شأن حظر هذه الوسيلة المشروعة أن يتجه الأفراد إلى ممارسة ما هو اخطر وأسوأ منها مما هو غير مشروع في الاصل، فقد لا يجد الأطراف حلا لمشكلتهم الإنجابية غيرالاتفاق على وضع النطفة الذكرية لزوج المرأة البيولوجية العقيم للمرأة الحامل صاحبة الرحم المستأجر ومن منطلق ذلك، وسنعرض لموقف بعض التشريعات المقارنة والتى اهتمت بتنظيم هذه الوسيلة محل البحث على أن نقوم بعرض لموقف الفقه والقضاء المؤيد والمعارض للإجراء عمليات الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام.

المطلب الاول

موقف الفقه من إستخدام الأرحام

الفرع الاول

موقف الفقه الفرنسي المؤيد لإستخدام الرحم

١ـ أسانيد الاتجاه المؤيد لهذه الوسيلة:ـ

يرى مؤيدو هذا الاتجاه فى الوسيلة محل هذا الكتاب أنها الطريقة المثالية لإنجاب طفل من أبوين عقيمين، وحل مشكلة العقم فى ظل التقدم الطبى طريق بيان الحجج القانونية التي اعتمد عليها المؤيدون من الفقه الفرنسي لوسيلة استئجار الأرحام. فقد اتجه الفقه الفرنسي إلي إجازة وسيلة استئجار الأرحام في

ظل الجو العام المتصف بالتحرر تجاه حق الزوجين الطبيعي في الإنجاب فلاشك أن حق الزوجين السابق كان مسيطرا علي عقيدة هذا الفقه عند تناوله للمسائل المطروحة عليه والمتعلقة بنشاط هذه الوسيلة خاصة مع وجود بنوك النطف الإنسانية بشكل مشروع دون اعتراض عليه وممارسة أنشطة الإنجاب الصناعي وأطفال الأنابيب دون ممانعة من أحد كل ذلك كان من الدوافع التي قادت الفقه المؤيد أن يسلك اتجاه التأييد والدفاع عن الإنجاب بوسيلة استئجار الأرحام.

لذلك اهتمت التشريعات المقارنة بوصف هذه الوسيلة بكونها غير مخالفة للواقع وبالتالي لا يجد الأشخاص حلا لمشكلتهم الإنجابية غير الاتفاق علي مواقعة زوج المرأة البيولوجية العقيم للمرأة الحامل نيابة عنها[1].

والدليل على ذلك ورود هذه الوسيلة وتطبيقها قديما في العقائد الدينية والتاريخية والإقرار بمشروعيتها فلما إذا الادعاء بمخالفته للآداب والأخلاق[2].

ومن هذا يتضح من وجهة نظر مؤيدي الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام أنه لا يمكن إدانة هذه الوسيلة بحجة أنها مخالفة للآداب والأخلاق العامة.

كما يرون مؤيدي هذا الاتجاه أن الحمل بالإيجار ليس تعديا على حرمة الجسد الإنساني بل هو اتفاق يتم بين أطراف العلاقة المؤدية إلى إنجاب الطفل بطريقة تأجير الرحم، محاولين ترجيح وسيلة الحمل بهذه الطريقة عن كافة التصرفات التى قد ترد على جسد الإنسان وخاصة فى ظل ما نحن عليه الآن من التقدم فى المجالات العلمية.

فلم يعد مبدأ حظر المساس بجسد الإنسان يتمتع بالثبات والإطلاق السابق، فلقد نال هذا المبدأ العديد من الاستثناءات التي يكاد معها الإطاحة بالمبدأ من الأصل، وذلك بالنظر إلى عمق التداخلات الطبية التي عبثت بهذا الجسد وقللت من شأن حرمته يعينها علي ذلك ويدفعها لكثرة التوغل فيه الإجازة التشريعية والتوجه الاجتماعي تجاه تأييد كافة أوجه المساس بهذا الجسد

---

(١) Atais,OP.Cit,P.46.

(٢) Atais,OP.Cit,P.46."Assistance medicale a la procreation: "LA CREATION, REVUE ET CORRIGEE PAR L'HOMME", Juin 2001.

لدوافع إنسانية يظهر ذلك بجلاء في سن التشريعات الخاصة بنقل وزراعة الأعضاء[1].

يرى أصحاب هذا الاتجاه تطبيق عناصر حالة المدنية للطفل الناتج من وسيلة الحمل بالرحم المستأجر على أساس ليس من العدل اتهام الأمومة بالرحم بمخالفتها لمبدأ حظر التصرف في حالة الأشخاص وقانون التبني، لأنها علي العكس من ذلك تؤدي إلى تثبيت عناصر حالة الطفل المدنية تعد الحالة المدنية من العلامات التي تميز شخصية الإنسان منذ بدايتها وإلى نهايتها وتظل هذه الحالة ملازمة للفرد؛ كي يتميز بها عن غيره من الأفراد، لأنها بعناصرها المحددة تحول دون الخلط أو اللبس بين الفرد وغيره من أفراد المجتمع لذا فأن الحالة المدنية تعكس بذلك الصورة الحقيقية والحالة الواقعية لصاحبها

وبما أن الأم بالرحم ليست هي الأم الحقيقية للطفل، فهي كالأم بالرضاعة يتغذى الطفل من خلال الغذاء الذي يسري في جسدها ثم تعيده إلى أمه البيولوجية التي هي بحق أمه الحقيقية. ولو كانت الأم بالرحم هي الأم الطبيعية للطفل لما تنازلت عنه مقدما من أجل أغراض مادية بعيدة كل البعد عن فكرة الأمومة الحقيقية[2].

- تقييم الباحثه:

- مخالفة الأمومة البديلة لقانون التبني في فرنسا هو أمر غير مقبول للقول بعدم مشروعيتها، فلا يجوز أن نعلق عدم المشروعية لمجرد مخالفتها لقانون التبني في فرنسا، كما لا يجوزأن نخضع لقوانين تتصف بالجمود تتحكم فى تحقيق رغباتنا الإنجابية، خاصة أن المبدأ الذي نص عليه الشارع الفرنسي من إجازة وتنظيم موضوع التبني هو تعويض الطفل المحروم من التمتع بالحياة الأسرية، وذلك بالسماح بتبنيه من أسرة تكفل له المعيشة الآمنة في جو من السعادة والاستقرار، وهذا ما هو متحقق بالفعل في الأمومة بالإنابة، حيث تنازلت أمه

(١) د/ كارم السيد غنيم، الإستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء – الطبعة الأولى – دار الفكر العربى – بيروت – ١٩٩٨م.

(٢) Geller (cacha) "Meres porteuses, oui ou non", Frison roche, 1991,p.101 et s.

بالإنابة عن أمومتها لغيرها، كما يتم التنازل عن الأطفال بالتبني لغيرهم فلم السماح بالتبني إذن ومعارضة الأمومة بالإنابة التي يفوق الأمر فيها مسألة التبني من ناحية ثبوت العلاقة البيولوجية بين الأم والأب أصحاب المواد الوراثية التي غرست في رحم المستأجر وبين الطفل المتخلف منها[1].

- كما نرى أن هذا الفقه قد أخفق عندما أستند على العقائد الدينية المتمثلة فى موقف السيدة سارة زوج الخليل إبراهيم قياسا بدور الأم البيلوجيية فى عملية الرحم المستأجر لأن هذا قياسا مع الفارق فالأولى قدمت لزوجها جاريتها هاجر، وما يدرينا نحن اليوم عما إذا كانت هذه الزيجة كزواج الزوج على زوجته الأولى أى جاء بضرة طلبا فى الإنجاب وبناء على رغبة السيدة سارة الزوجة الأولى، فلا يجوز تشبيه دور السيدة هاجر زوجة سيدنا إبراهيم عليه السلام بدور صاحبة الرحم المستأجر، لأن هذه الطريق، كانت غير معهودة فى ذلك الوقت، هذا بالإضافة إلى أنه لا يوجد وجه مقارنة بين العلاقتين أما فى الصورة الثانية فالزوجة قدمت بويضتها التى خصبت بنطفة زوجها، فالحالة الأولى لا يوجد بها حرمة أما الثانية ففيها حرمة شرعا وقانونا وذلك لمخالفها للأخلاق والآداب العامة وكذلك النظام العام.

- لو سلمنا جدلا على حد قول الرأي المؤيد لهذه العملية أن مبدأ حظر المساس بجسد الإنسان لم يعد بالثبات والإطلاق السابق، هذا لا يعنى أن نزيد العلة التى تقل من هذا الحظر بإنجاب أطفال عن طريق الأمومة المشتتة الأمر الذى يستلزم تحاشى التعامل بهذه الوسيلة، وذلك لمخالفتها للقواعد الاجتماعية والأخلاقية وما يترتب عليها من آثار قانونية ومشاكل قضائية تزعزع الكيان العام.

- فلماذا نسلم بتميز نظام الأم البديلة على نظام الأسرة البديلة كما يقول أصحاب الرأي المؤيد لتأجير الأرحام كذلك لا يتساوى تنازل الأم البديلة عن أمومتها لغيرها، كما يتم التنازل عن الأطفال بالتبني لغيرهم فلو دققنا النظر فى مصلحة الطفل لوجدنا الطفل فى حالة التبني رغم أن التبني محرم شرعا

---

(١) أنظر في كافة المشكلات الأخلاقية للأمومة بالأنابة التي دفعت المشرع الفرنسي إلى عدم الأخذ بها كوسيلة استثنائية للإنجاب.

أصلح حالا من الطفل فى حالة الأمومة البديلة من حيث الطفل فى حالة الأم بالرحم، يكون فى حالة من التشتت أمام أم بالرحم وأم بيولوجية مما ينعكس على وجوده فى حياه غير مستقره، أما طفل التبني فهو أقل إشكالا لأنه أما يكون مجهول الأبوين أو كانا معروفين بالنسبة له، فهذا لن يعد إشكالا له بعكس ما إدعاه أصحاب الرأي المؤيد لوسيلة الإنجاب بطريقة تأجير الأرحام.

٢ـ تكييف عمليات تأجير الأرحام على فكرة التضامن الاجتماعي:

ليس من الصحيح الادعاء بإباحة عملية تأجير الأرحام استنادا إلى فكرة التضامن الانساني غير منطقى؛ لأنها فكرة غامضة وخطيرة لما قد يترتب عليها من أثار مستقبلية تخلخل وتزعزع المجتمع، حيث أن آثارها لا تنصرف على أطراف العلاقة الممارسة لهذه العملية فحسب بل تنصرف إلى المجتمع باكملة وتؤدي إلى الفوضى في الصحة العامة، ولاسيما في المجتمعات الفقيرة، وأن ما قيل عن النفع الاجتماعي فهو قول مرفوض، لأنه يتجاهل التقدير الشخصي الذي يجب أن يحمله كل منا لذاته". ونؤيد أصحاب الفكر المعارض لهذه العملية؛ لأنه شتان بين التضامن الاجتماعى وبين المساعدة الإنجابية لخلق طفل بغير الطريق الفطرى الذى رسمه الله - جل شأنه - لعباده.

ويهدف التضامن الاجتماعي للغريزة الجنسية إلى تحقيق غرضين. هما توجيه الغريزة الجنسية إلى غرضها الاجتماعي باعتبارها باعث علي الزواج ثم علي إنشاء الاسرة التي هي نواة المجتمع وأداته للبقاء والنماء وتفادي شيوع الرغبة الجنسية الغير شرعية التي تحمل معها الفساد الخلقي والانحلال الاجتماعى وما لا يحصى من الأمراض النفسية والبدنية[١].

لا جدال فى أن ممارسة عملية تأجير الأرحام قد تؤدي إلى نتيجة تفوق الاعتبار الذي أدى إلى ممارستها إلا وهو انهيار قيمة الإنسان وتضامنه مع المجتمع واستغلال تلك العمليات بخلق نوع من الطبقية ومفاضلة حياة شخص علي آخر، ولاسيما إذا كان الشخص الذي يحتاج للطفل شخصية سياسية أو

---

(١) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الإعتداء علي الأشخاص، القاهرة ١٩٧٨، رقم ٣٣٣ ص ٣٢٨.

اجتماعية مرموقة علاوة علي فتح باب التغرير من الجراحين للمرضى وأفهامهم علي غير الواقع بسهولة العملية وعدم نيلهم أي ضرر بصددها وانصراف الأطباء تحت شهوة الانتصار العلمي إلى استغلال الفقر.

وتطبيقا لما سبق نجد أن فى عملية الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام ، يجب النظر فيها إلى المصلحة الاجتماعية علي مستوي أطراف العلاقة وليس علي مستوي مصلحة شخص واحد.

فالقواعد القانونية ما هي إلا محصلة لتفاعل التصرفات الاجتماعية المعتمدة على الأحوال المادية وذلك مع مراعاة عدم الانسياق وراء هذا التطور المستحدث بوجوب التحفظ في حظرها ، وذلك حتى يتم الحد من ممارستها.

٣ـ مجافاة عملية تأجير الأرحام لنصوص الدستور المصري:

هناك بعض من المشكلات العلمية التى تطفو دائما على السطح من حين لأخر، وقد تؤثر فى حياة الفرد والمجتمع ناهيك مما قد تتركه من آثار سلبية على جيل بأكمله لذلك نرى أن عملية تأجير الأرحام يمكن أن تصنف من المشاكل سالفة الذكر وبالتالي تعد من الجرائم المضرة بالأسرة.

ويجب علي المشرع في تقديرنا عندما يرى أن غريزة الأمومة تتحول إلى تجارة مربحة مما تعد عملية تأجير الأرحام اعتداء علي التنظيم الاجتماعي للحياة الجنسية أو ما يسميه الباحثون الغربيون : "الأخلاق الجنسية"(١) SEXUAL MORALITY. أن يبادر إلى تعديل قوانينه واستبدالها بقوانين رادعة لسبغ الحماية في تغيير أساس خطته التشريعية سالفة البيان إلى أساس متسق مع العرف الاجتماعي المصري.

ويجدر الإشارة هنا إلى أن علة التجريم فى هذه العملية هى عدم توافر صلة قانونية من أي نوع بين أطراف العملية بخصوص العلاقة الجنسية ، ولا فرق في ذلك بين الأفعال المتنوعة التي يعد أي منها نشاطاً جنسيٌ محظور.

ومن ثم يجب أن ينحصر نطاق التجريم في خلال نصوص الدستور المصري في الأفعال التي تعد إعتداء علي الحياة الجنسية ، وهي الأفعال التي

---

(١) Hart, Law, Liberty and Morality, P.5.

ترتكب دون الطريقة الطبيعية التى رسمها - الله جل شأنه - أي بالتحايل - من خلال استخدام النوازل والمستحدثات الطبية دون الاعتبار أو النظر إلى النتائج المهمة فى الموضوع بالنسبة لهم تحقيق الرغبة أو الشهوة الجامحة التي تعد إعتداء علي التنظيم اجتماعي أو علي الحقوق التي يرتبها هذا التنظيم لأطراف العلاقات، فإذا كان المشرع قد وضع ضمانات دستورية للابن غير الشرعى فيجب من باب ادعى تطبيق هذه الضمانات على ابن الرحم.

- فينبغى على المشرع المصرى عند وضعه لنصوص دستورالقانون الخاصة المنظمه بالمستحدثات الطبية الحديثة فى مجال الإنجاب مراعاة تقييد حرية العلاقات الجنسية التى تتم خارج إطار عقد الزواج حتى لا نكون كنموذج مقررأسوة بالغرب

- يجدر الإشارة هنا إلى أن عدم وجود سوابق قضائية فى مجال الإخصاب المساعد وخاصة الوسائل غير العادية أو الغيرمؤلوفة، الأمر الذى سبب تاخر نظر القانوني للوقوف على مدى شرعية أو عدم شرعية التدخل الطبي بالاستعانه إلى النوازل الطبية المستحدثة، ولم يكن ليثير مشكلات كبيرة لكون هذا التدخل في النطاق المألوف من المساعدة الطبية كما في سائر مجالاتها.

- فكان ينطبق عليه من القواعد القانونية والشرعية والأخلاقية مايطبق عليها وخاصة فيما يتعلق بمسئولية الطبيب ودوره والحدود المسموح بها له عادة بتحمل المجازفة أو المخاطرة RISK فيما يقوم به من علاج أو تجارب أو تدخلات جراحية مع الاخذ بنظر الاعتبار دائماً أن التعامل فيما له مساس بالكائن البشري وسلامته أو حريته استوجب دائماً حذر القانوني وحرصه، حيث جرد له القانون قواعد خاصة ليست بالضرورة متأقلمة مع القواعد القانونية الأخرى ولكن يكفى أنها متماشية مع العرف والأخلاق التى تجمع بين قواعد العرف والمثل التى ينبغى أن نكون عليها وبين الأخلاق من الناحية النظرية النظرية وعندما نقول أن المصلحة غاية خلقية نقصد بذلك أن نضع مبدءاً كلياً وعاماً وشاملاً ينبغي أن تكون عليه حياة الأفراد أي أنه المصلحة بالنسبة لبعض الأشخاص تستدعى أن يلجأوا إلى أجراءعملية؟ إستخدام الرحم لصالح الغير، ولكن وكما سبق أن ذكرنا أن هذه المصلحة منتفاه لتنافيها مع المعنى المقصود بكلمة الأخلاق التى

تتشكل وتتبلور فى صورة مجموعة من الغايات والأحكام والعواطف والعادات التي تتصل بحقوق الناس وواجباتهم بعضهم تجاه البعض وينبغى أن نعلم أن العرف لا يقوم علي أهواء الأشخاص وإنما هو أخلاق موجودة أصلا وتفرض نفسها علي المجتمع ولا تسمح له بأن يشك في موضوعيتها.

الفرع الثاني

موقف الفقه الفرنسي المعارض لعمليات إستخدام الأرحام

اعتمد أصحاب هذا الاتجاه فى معارضتهم لهذه التقنية على نصوص بعض المواد القانونية الوارد في قانون العقوبات ومن ثم فسوف نقوم بعرض تلك النصوص لتبنى وجهة النظر:

فالمادة ٦/٤٠ عقوبات فرنسي تعاقب كل من قام بفعل التزوير في السجلات الرسمية المتعلقة بحالة الأشخاص المدنية. والمادة ١/١٠٠ ع. ف تحظر أي عمل من أعمال التوسط في مجال التبني إلا بصدور ترخيص من الجهة المختصة وإلا تعرض المخالف إلى العقاب والمادة ١/٣٣٤ ، ٦ ع.ف والتي تقرر عقاب كل من يتوسط أو يساعد أو يتستر في مجال الدعارة والفجور والمادة ٤/٣٤٥ تقضي بعقوبة السجن مع الشغل من خمس إلى عشر سنوات لكل من ينسب طفل إلي امرأة لم يتولد من خلالها أما المادة ١/٣٥٣ عقوبات فرنسي فأنها تعاقب بالحبس والغرامة بالحبس من عشرة أيام إلى ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن ٥٠٠ فرنك ولا تزيد عن ٢٠ ألف فرنك كل من يقدم بنية الكسب علي أحد الأفعال الآتية: تحريض أحد الوالدين أو كليهما علي التنازل عن الطفل الذي ولد لهما أو الذي سيولد بنية الكسب أو كل من يتوسط في عملية تبني طفل أو كل يحصل أو يحوز أو يستعمل موافقة الوالدين وبأي شكل علي التنازل عن ما يولد لهما من أطفال والأمومة بالإنابة يتحقق بها من وجهة نظر الفقه السابق كافة المخالفات الجنائية السابقة[1].

كما أن الفقه الفرنسي ذهب إلى أن هبة الحمل الذي تمارسه الأم الحامل عن غيرها يعد استغلالا غير أخلاقي لجسدها فالأمر يتجسد إذن في استعارة

---

(١) J.L.Baudouin et C.L.Riou,op.cit, p.113 et s.

جسم المرأة واستغلاله لتحقيق مصالح الغير حتى يتحول الأمر إلي نوع من أنواع الاستثمار التجاري لجسد المرأة مقابل مبالغ مالية، مما يجعل الأمر شبيها بالدعارة أن لم يكن مجسدا لشكل من أشكال العبودية. كما أن نظام الحمل البديل يؤدي إلى اعتبارالأم الحامل مجرد أداة أو وعاء للحمل ليس أكثر ويهمل بذلك أمومتها الدالة علي إنسانيتها وتتحول الوسيلة في الشكل النهائي لها إلى ما يشبه عارية الاستهلاك[1].

هذا وقد رجح مجلس الدولة الفرنسي سنة "١٩٨٨" حكم المحكمة الإدارية باستراسبورج لسنة ١٩٨٦ بشأن جمعية "cigognes.les" المتخصصة في أنشطة الوساطة للأمهات بالإنابة[2].

أ- نظرية السبب الغير مشروع كأساس لحظر عمليات إستخدام الأرحام لصالح الغير:

بادئ ذو بدء لابد من معرفة المقصود بالسبب غير المشروع وهو السبب الذي يحرمه القانون لتعارضه مع النظام العام أو الآداب.

لذلك فقد بات لازما أن نظهرهذا البحث عند الفقه القانوني فى تلك المسألة. وبالرجوع إلى نصوص مواد القانون الفرنسي نجد أن:

١ - المادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى التى تبطل كل اتفاق ينطوى على مخالفة للقوانين التى تتعلق بالنظام العام والآداب.

٢ - (المادة رقم ١١٢٨)التى تقرر أنه لا يمكن أن يكون محلا لا تفاق مشروع إلا الأشياء التى تدخل فى المعاملات.

٣- (المادة ١١٣١)اللتان تؤديان إلى بطلان الالتزام الذىيكون سببه غير مشروع. وانطلاقا مما سبق يتبين لنا أن نصوص مواد القانون السابق ذكرها تتعلق بقابلية المحل للتعامل فيه، فالشئ غير قابل للتعامل فيه لا يصلح لأن يكون محلا للالتزام[3].

---

(١) M.Harichaux, le corps objet, in Bioethique et Droit, op. cit.,p.143.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي trip Admin – de sttasbouyg 3ch – 17 - juin.

(٣) د/ حسام الاهوانى المشاكل القانونية التى تثيرها زرع الاعضاء البشرية ص ٣٧
فالسبب إذا في العقود التبادلية هو المقابل الذي يطلبه الملتزم. وهو كذلك المصلحة القانونية التي تحت نظر المتعاقدين والتي توجه أرادتها وهذه المصلحة يجب أن تكون
=

وقد تبين لنا أن السبب غير المشروع هو المخالف للنظام العام أو الآداب ، وبالتالي يكون غير مباح أو محظور كما لو كان الشيء الذي تعهد به الملتزم غير مشروع أو خارجا عن التعامل أو لا يسمح القانون بالتصرف فيه كالجسد الإنساني[1] وتطبيقا على ذلك عضو الرحم الأنثوى الذي أشبه أن يكون سلعة متبادلة

ورغم ذلك لا يمكن القول بعدم مشروعية الاتفاقات التي ترد علي الرحم علي أساس استحالة المحل ؛ لأن هناك استثناءات قد تطرأ عليه كاستئصال لوجود مرض يهدد صاحبته أو اجراء عمليه جراحية به عند اصابته أو كالحالة التى أجزناها فى موضوع بحثنا.

فالجسد أصبح محلا لبعض الاتفاقات الصحيحة ، ولو كان المحل مستحيلا لكانت جميع الاتفاقات الواردة عليه باطلة ، ناهيك من حرمان المرأة فى الإتفاق لأجراء عمليات جراحية لانقاذ حياته من الهلاك ، هذا على سبيل المثال وليس

=

حقيقية وجدية ومشروعة وإذا كان العقد عينياً كالعارية والراهن الحيازي والوديعة والقرض فإن السبب يكون تسلم الشيء فيلتزم المقترض برد القرضلأنه تسلمه. وإذا كان رضائيا كالوعد بالبيع فإن السبب يكون إتمام العقد النهائي وهو سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق أما في عقود التبرعات فإن السبب هو نية التبرع ذاتها ولذلك لا يقبل السبب في هذه الحالة الطعن عليه بالمادة ١١٣١ فرنسي ، فالسبب هو الغرض المباشر الذي يريد المتعاقد الوصول إليه من إلتزامه والبواعث هي الأسباب السابقة التي تبرر السبب والأول هو الذي يهم امام القانون ، أما في عقد الكفالة والوكالة فإن الوكيل أو الكفيل يلتزم ليس علي سبيل التبرع ولكن لتقديم خدمة إقتصادية أو مالية مجانا. والسبب يظهر في القانون الفرنسي كشرط لصحة الإلتزام التعاقدي وذلك من نص المادتين ١١٠٨ ، ١١٢١ ففي عقد البيع يشتمل العقد علي اتفاقين رئيسين الأول ينشيء لصالح المشتري إلتزام بنقل الملكية والآخر ينشيء لصالح البائع إلتزام المشتري بدفع الثمن. وتقرر النظرية التقليدية أنه في العقود الملزمة للجانبين فإن سبب إلتزام كل من المتعاقدين هو إلتزام الآخر

(١) ابطلت المحاكم اتفاقا عقده طبيب وسيدة عجوز تعهدت بمقتضاه مقابل مبلغ من المال بقبول تجارب جديدة للطبيب لاعادة الشباب ، وكذلك الإتفاق الذي وعد أحد الأشخاص بمقتضاه المستأجر بمبلغ من المال ليخلي له مسكنه وذلك لأن القانون الصادر أول ابريل سنة ١٩٢٦ في المادة الرابعة عشرة منه (والمعدل في ١٩٤٣/٥/٣٠). يعاقب بعقوبة الجنحة المستأجر أو شاغل العقار الذي يطلب من المستأجر الجديد أو المؤجر مقابلا لترك المكان المؤجر.

الحصر كما ذكرنا، وتطبيقا على ذلك يرى Decocq [1] أن الحقوق التي تمنح علي جسم الإنسان لا يمكن أعتبارها مباحة إلا بالنظر إلى سبب التصرف. فيجب أن يكون القصد من المساس تحقيق مصلحة علاجية للشخص.

ويضيف أن سبب القصد (الباعث الدافع للتعاقد (Motif Determinant من التعامل على جسم الإنسان يجب أن يفهم علي أنه تحقيق مصلحة واجبة الاحترام للغير أيضاً. فالمساس لا يسمح به إلا إذا كانت المزايا والمنافع التي تترتب عليه أكبر من المفاسد التي تنتج عنه فكلما كانت المصلحة المرجوة المترتبة على المساس بالجسم غير كافية، فإن المساس بالجسم يعتبر غير مشروع.

وتطبيقا على ما سبق ذكره فإن معيار تحديد حظر أو إباحة تأجير الأرحام هو التفرقة بين مشروعية أو عدم مشروعية التصرف من حيث الهدف الذى من اجله تم الإتفاق بين أطراف العلاقة لأجراء هذه العملية.

وهذا يعني أن المعيار لا يكمن في فكرة المحل غير المشروع فقط، وإنما في فكرة السبب ويجب ألا يكون هناك لبس أو تداخل بالنسبة للبطلان بين السبب غير المشروع والمحل غير المشروع، وخاصة عندما يكون سبب البطلان هو الإخلال بالنظام العام خارج العقد يجب البحث عن الهدف من التصرف ودوافع الأطراف. وعلي هذا فلا يمكن القول مطلقا بعدم مشروعية الإتفاق من مجرد تعلقه بجسم الإنسان.

فالاتفاقات المتعلقة بجسم الإنسان لا تعتبر باطلة لمجرد تعلقها بالجسم ، فهي تعتبر مشروعة علي أساس القواعد العامة وعلي نفس الأسس العامة، ويعتبر التصرف غير مشروع متي كان هناك عدم تناسب بين المساس الأكيد أو المحتمل بسلامة الجسم، والهدف من ذلك المساس وهو فى موضوعنا الرغبة فى إنجاب الطفل.

(١) Decocq, A ،Essai d. une therapie generale des droits sur la personne. these paris 1960. p. 91 et s

وأخيراً أن نظرية السبب، تحدد التصرف المشروع من عدمه، حتى ولو كان التصرف متعلقا بجسم الإنسان، فإذاً كان السبب مشروعا كان التصرف بالتالي مشروعا، فلا يمكن القول بأن جسم الإنسان لا يصلح لأن يكون محلا لاتقان مشروع. ففكرة عدم قابلية المحل للملك الخاص، أو استحالة التعامل فيه أو مخالفتة للنظام العام أو الاداب لا يصلح كمعيار لتحديد التصرف المشروع وغير المشروع، مما لا شك فيه أن الجسم يصلح لأن يكون محلا لتصرفات مشروعة كالاتفاق لأجراء العمليات الجراحية انقاذ من المرض، ولكن ذلك لا يعنى مشروعية جميع التصرفات التى ترد على جسم الإنسان مطلقا، وكأنما لا فارق بينه وبين الاشياء، فالحد من مشروعية التصرف يساعد على الحفاظ على مبدأ حرمة جسم الإنسان ، الذى يضع الإنسان فوق الاتفاقات القانونية، ويضعه فى مركز سام ولهذا لابد من البحث عن أساس عدم المشروعية.

ونرى أنه لا يصح الاعتماد الكلى على الأخذ بنظرية السبب كمعيار أساسى لتحديد مدى أباحة أو حظر إجراء عمليات تأجير الأرحام، ولكن لا بد وأن يقترن هذا المعيار بعنصر الضرورة.

وبالرجوع إلى تقييم عنصر الإباحة من وجهة نظر القوانين الوضعية نجد أنه يدور حول معنيين: أحدهما يعرف بالمشروعية العادية والآخر: المشروعية الاستثنائية، وتجدر الإشارة هنا إلى ما ذهب إليه الفكر الليبرالي إلى القول بأن للإنسان سلطة مطلقة في التصرف في جسمه وله أن يإذن بممارسة الأعمال الطبية التي تحقق له الشفاء من آلامه النفسية والعضوية علي السواء.

كما ذهب إلى القول بأن المشروعية الاستثنائية: هي القيام بأعمال تتسم أصلاً بعدم المشروعية بنصوص تجريمية إلا أنه لا يعاقب علي القيام بها لتوافر أحد أسباب الإباحة فتخرج من دائرة التجريم إلى الإباحة لمسوغ قانوني كما هو الحال في الأعمال الطبية.

وكذلك هذا ما ذهب إليه بعض فقهاء القانون إلى القول بأن المشروعية العادية تعني أن كل ما لم يحظر فهو مباح[1].

---

(١) د/ أحمد محمود سعد: تغيير الجنس بين الحظر والأباحة. – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية. القاهرة – ١٩٩٣ — ص ٤١٣.

وانطلاقاً من وجهة النظر السابقة فقد أختلف الفقه القانوني والشرعي في ظل الأنظمة القانونية المقارنة على أساس إباحة عمليات تأجير الأرحام.

ب - هل عملية إستخدام الأرحام يتوفر فيها عنصر الضرورة الذى يجعل من شأنه إباحتها؟

نرى أن عنصر الضرورة غير متوفر فى عمليات تأجير الأرحام ؛ لأن الضرورة التى يمكن لنا الاعتداد بها هى انقاذ حياة انسان من الهلاك هذا بخلاف موضوعنا فالضرورة المتمثلة فى الطفل المرجو وجوده لن تتحقق بالفعل، فما هى الضرورة القصوى من وجوده إلا الرغبة فى الإنجاب؟ ونعتقد من جانبنا أن معيار الرغبة ينتفى فيه حالة الضرورة، مما يحتم علينا أن ننظر بعين الاعتبار على مستوي أطراف العلاقة وليس علي مستوي شخص واحد وهذا أستحسان منا للصالح العام[١].

ج - تقييم القضاء الفرنسى فى تطبيقه لنظرية السبب

بالرغم من استقرار القضاء الفرنسى فى تطبيق الاحكام التى تناولت في جملتها السبب[٢].

كوسيلة للحماية الفردية ووسيلة للحماية الاجتماعية. وهذا السبب مشروع إلا أنه ابطل الكثير من العقود عن طريق فكرة للنظام العام وحسن الآداب فليس من اللازم أن يكون العقد أو الإتفاق مخالفاً لقانون معين بل يكفي أن يكون مخالفاً لفكرة النظام العام أو الآداب حسبما تراها المحاكم مستهدية في ذلك القواعد السامية في مجتمع معين.

ومن خلال رؤيتنا للموضوع وجدنا المشرع الإسلامي اتبع نفس المنهج الذى اتبعه المشرع الفرنسى، فالقاعدة الشرعية الاصولية أن ما هو مباح أصلا يجوز لولي الأمر تقييده دفعا للضرر أو جلبا للمنفعة أو إذا اقتضته الضرورة وقد

---

(١) Nerson R ; Les droit extrapatrimoniaux n. 188 p. 418 ،n. 189 et N. 190 These Lyon 1939

(٢) وكذلك إيجار محل إذا اتفق المتعاقدان بعد العقد علي إستغلال المحل المؤجر في أغراض منافية للآداب، ولقاضي الموضوع أن يبحث بمطلق الحرية ما إذا كان العقد يمثل سببا غير مشروع، ولا يستطيع الشخص الذي يشترك في مشروع من هذا القبيل أن يحتج بالعقد.
نقض فرنسى ٤/ ١٢ / ١٩٥٦ - المرجع السابق رقم ١٢١ – ونلاحظ أن المحكمة ابطلت العقد مع أن المتعاقدين اتفقا بعد العقد على الغرض غير المشرع.

خلقت لنا الشريعة تطبيقات عديدة لهذه القاعدة تدور حول ما يسمى (السياسة الشرعية) وهذه السياسة تتغير تبعا لحاجات الناس وظروفهم.

وقد رسم لنا الميثاق معالم الطريق إلى التقدم أنه يرى في الأسرة الخلية الأولى للمجتمع ويريد أن تتوافر لها كل أسباب الحماية وهو يرى في الطفولة صانعة المستقبل.

وتتجلى لنا وجاهة المشرع الفرنسى ويحسب له هذا التصرف وانطلاقا من ذلك يعد استغلال صاحبة الرحم المؤجر بحمل الطفل لصالح الغير من خلال وضع نطفة غريبة فى رحمها، نرى أن هذا مناف للاداب والاخلاق.

و يلاحظ أن المحاكم لا تتردد في إبطال الاتفاقات التي تخالف النظام العام أو حسن الإداب بقدر ما تتردد أحيانا في أبطالهما لانعدام السبب (بالمعني التقليدي وبصرف النظر عن شرط المشروعية) ذلك أن وظيفة السبب كوسيلة للحماية الاجتماعية أيسر أو أكثر بساطة من وظيفته كوسيلة للحماية الفردية لاننا نجد في الحالة الأولي امامنا معياراً واضحاً تستلهمه المحاكم من القانون أو القواعد السائدة في مجتمع معين ولا يشكل في ذاته خطراً علي حرية التعاقد أو علي سلطان الأرادة إذا كان ذلك يتعارض مع النظام العام أو الآداب.

فلا تكون الاتفاقات التي تتضمن قيداً علي حرية الزواج صحيحة طبقاً المادة ١١٣١ مدني فرنسي وإذاً كان القانون الفرنسى ينص علي منع المضيفة الجوية من الزواج باطلا في خصوص شرط المنع من الزواج لمساسه بحق الزواج المتصل بالنظام العام فما بالك من حبس حق الزوج على زوجته المؤجرة لرحمها طوال فترة الحمل لكونها ملتزمة لحساب الغير[1].

والبطلان الذي يلحق العقد في حالة السبب غير المشروع هو بطلان للمصلحة العامة ولا يتلقي الطرف الآخر حتى ولو لم يكن بعلم بالغرض غير المشروع حماية ما، وذلك أن هذه الحماية تفترض إستبعاد البطلان كجزاء وهو مقرر للمصلحة العامة، ويلحق العقد كله وليس إلتزام أحد أطرافه فحسب.

---

(١) محكمة باريس ٣٠ / ٤ / ١٩٦٣ - المرجع السابق رقم ١١٦

المطلب الثاني

موقف القضاء المقارن من إستخدام الأرحام

إن استئجار الأرحام أنتج شكل لـ ARTs ، للتكنولوجيا الحديثة[1] إن زوجة الأب الطبيعي ربما حينئذ تتبنى الطفل ، ففي الدعوى المشار لها كخطوة اعتماد الولد. حالة استقصاء للحكم العام القانوني هي أن كل الآباء الطبيعيين يجب أن يتخلوا عن حقوقهم من أجل الطفل لكي يكون مؤهلا للتبني

وهناك شكل آخر لاستئجار الرحم وهو "تأجير الحمل بالإنابة" ، وتكون فيه الأم حامل بالإنابة وفيه يتم تخصيب الجنين خارجيا ، والذي هو نتاج التلقيح الصناعى يتكون من "أمشاج متجمعة من اثنين ، وربما يوجد طرف ثالث متبرع ، أو اتحاد للأثنين.

إن كل هذه الوسائل لابتكار اولتخليق[2] طفل يتحدى المفهوم التقليدي للأسرة المنبثقة من الخلية النووية. وبالمثل ، فقد أثارت تحديات الدفع المبالغ فيه وحالة أحقية الوالدين[3]. إن التقاضي على مسائل تأجير الأرحام ظهر عقب نمو تأجير الأرحام في الثمانيات (1980s) والمحاكم واجهت التحدي لإقرار هذه المسائل في غياب تشريعات القانون في تأجير الأرحام في حد ذاته[4] مثلها.

---

(١) generally keving Tuininga, The Ethics of surrogacy Contracts and Nebraska's Surrogacy Law, 41 Creighton L. Rev. 185 (2008).

(٢) Id (describing gestational surrogacy as that involving the embryo of the genetic material of the intended mother and father, and donor surrogacy as that where the egg and/or sperm used to create the embryo is donated by a third party).

(٣) Kindregan & Snyder, note 33, at 203 ("The growing use of Assisted Reproductive technology (ART) raised difficult issues surrounding parentage, the interests of children, use of the technology by same-sex couples and in other nontraditional families, and the resolution of conflicting interests when the law provided no guidance").

(٤) ABA Model Act Governing Assisted Reproductive Techniques, 42 Fam L.Q. vii, Editor's Note (2008) (stating that over the last twenty years, ARTs have not been consistently regulated by the states).

ولذلك اهتم القضاء فى البت حول مسألة تأجيرالأرحام وخاصة فى ظل التطورات الحديثة التى نعيشها الآن، وأمام حجج المؤيدين والمعارضين لهذه الوسيلة ظهر تباين شديد بين مختلف الاتجاهات فى الحكم بثبوت نسب الطفل لأى من المرأتين، ولقد ظهر جليا هذا التردد وتلك الحيرة خاصة في غياب التشريع من خلال الاتجاهات القضائية المختلفة بخصوص بيان مشروعية الأعمال الطبية الهادفة إلى إزالة العقم عن طريق تأجير رحم امرأة، تحمل نيابة عنها بوضع بويضتها المخصبة بنطفة زوجها علي أن تلتزم الحامل بتسليم الطفل بعد تمام الولادة مباشرة. ونستطيع أن نجمل هذه الاتجاهات القضائية في اتجاهين رئيسين دون المماطلة في عرض موقف القضاء الفرنسي ؛ نظراً لتدخل المشرع الفرنسي الذي سن تشريعا قرر فيه بطلان تلك الاتفاقات بشكل مطلق.

❖ **القضيـــة** (١)

محكمة قضايا إستئجار الأرحام بمقاطعة نيويورك (١) **قضية نيكولاس – ملف رقم ٢٠١٠/١٠٣٢ إستئجار رحم** Kristin Glen - **حكم ـ ٨ يونيه:**

هذا ما ورد من خلال شبكة أخبار (CNN) بخصوص ميلاد والآباء المتبنيين للطفل نيكولاس (Nicholas) لتسجيل تبني نيكولاس رسميا وعلانية ووضع برنامجا مبدئيا في يونيه أثناء Gay Pride month – القضية تتضمن تشريعيين – المتعارف عليه " المطبق قضائيا فى حجرة المحكمة cameras in the courtroom " قانون القضاء ٢١٨ و(Jud 1) وتشريع وسجلات التبني المختومة " قانون العلاقات الاسرية " DRL) S114) للاسباب التي سوف يرد ذكرها ومناقشتها بالأسفل. وبناءا عليها التشريعات تم وضعها.

حقائق:

Gary هو الأب الجيني البيولوجي لنيكولاس البالغ من العمر ٥ شهور والذي نتج عن طريق زرع بويضة في رحم مستأجرة. إن Gary وAnthony كانا

(١) فى الولايات المتحدة الامريكية - - /٩/٢٠١٠ N.Y.L.J.42 (col. 1) - مجلة القانون – نيويورك - عدد ٢٤٣ - حقوق الطبع 2010 Alm ملكية الإعلام وLLC- الاربعاء/ ٩مايو/ ٢٠١٠ - قرارات في الأخبار - قانون الأسرة.

سويا لمدة ١٩ سنة، وفي عام ٢٠٠٤ عندما أصبحت القدرة على الزواج متوفرة تزوجا في كندا، لسنوات عديدة كانا يخططان لبناء أسرة وفي عام ٢٠٠٩ قاما بإجراء اتفاق إستئجار رحم مع سيدة من مدينة نيويورك. لقد كانوا على اتصال معها طوال حملها وكانوا يستعدون لمولد الطفل نيكولاس. وبعد ذلك بوقت قصير أحضرا للمنزل بمدينة نيويورك وكانا يرعيانه منذ ذلك الحين- كأب جيني او بيولوجي – وقد تم تسجيل Gary بصفته الاب في شهادة ميلاد Nicholas، وقد تنازلت صاحبة الرحم المستأجر عن حقوق الأمومة وعلى الرغم من ذلك فأن Gary وAntony استمروا على أتصال معها حتى تكون على صلة قريبة بظروف الطفل المولود.

ولما كان زواج Gary وAnthony زواجا قانونيا حيث تم توثيقه بعقد ولأن الزواج من نفس الجنس لا ينتهك سياسة نيويورك العامة فقد عرفوا على إنهم ثنائى متزوج في الولاية[١].

(الاعتراف بزواج نفس الجنس لغرض التمتع بإستحقاقات العناية الصحية للزوجين[٢]. وبسبب وجود Nicholas كولد أثناء فترة الزواج فإن كليهما يجب ان يعترفا بهما كوالدين[٣] ومع ذلك فإن هذا الافتراض لا يحمي علاقة كلا الابوين لنيكولاس في ولايات أخرى وهذا بسبب أحكام الدفاع عن قانون الزواج[٤].

ولذا فأن Anthony قدم التماس للمحكمة لتبنى Nicolas. فغمرت الزوجان فرحة كبيرة لهذا الحدث واعتقدا ان علاقتهما سوف تصبح معلنة

---

(١) (see e.g. Martinez V Country of Monroe, 50 AD3d 189. 4th Dept 2008)

(٢) (Matter of Ranftle , ivyl , feblu , ronftle 2009 at 34,col2)

(٣) Worlds First Test-tube Baby Is pregnant, daily mail , July 10, 2006 http://www.dailymail.co.uk/pages/live/articles/news/news.html?_article_id=394894&in_page_id=1770 (last visited Mar. 31, 2009)

(٤) Act,17 USCS1738 C,A as added)Pub l 104 – 199 ; LLous stat (مقاطعة ٢٠٠٩)24119 ' Sea Sebastion 25 misc 3d567 Surct, Ny

كزوجين من نفس الجنس وطفلهما، كما يعمل على إزالة التحيز ضد العائلات من نفس الجنس الواحد.

القانون الواجب تطبيقه:

القانون القضائي 3" C S218' يتطلب بتوجيه دعوى قضائية مصورة تؤخذ فى الاعتبار خمس عوامل على الأقل وهو: نوع القضية المعنية.

إن كانت هذه الدعوى تسبب اى ضرر على أى طرف في القضية أو تمثل تداخلا مع القضاء النزيه وتقديم المحكمة العادلة وحقوق الاطراف.

عدم وجود أى تأثير خارجى على الشهود قبل الإدلاء من أجل السماح بتغطية بصرية وسمعية، والتي يمكن مشاهدتها بمثل هؤلاء الشهود حتى لا نتحيز لأى طرف على حساب الآخر، أما أن هذه التغطية يمكن أن تتداخل مع النشاط التنفيذى للقانون، أو أنها تتضمن أمورا فاضحة أو خادشة للحياء.

إن العوامل الثالث والرابع والخامس ليست لها أهمية لاعتماد الدعوى، أما **العامل الأول** فاعتبر ذا صلة بالاحتياجات التشريعية لسجل الاعتماد الموثق" الختم "، نوقش أدناه. وبالنسبة للثانى فإن الأطراف البالغة شاركت فى الالتماس وطالبت بالنشاط التصويرى للقضية حتى لا يقع اى ضرر أو مخالفة عليهم. ويرجع السبب فى تعيين المحكمة وصى مخصص لنيكولاس؛ لأن التبنى يشمل أطفالا رضع قد يحتاجون لرعاية من نوع خاص.

Gal. Suzanne Goldbarg[1] هى برفيسور القانون المعالج فى كلية الحقوق بكولمبيا، والمدير المساعد لمركز النشاط الجنينى بين الجنسين وخبير فى LGBT المسائل القانونية خصوصا حقوق الحالة الاجتماعية للآباء من نفس الجنس وأطفالهم[٢] فى إعداداتها للتقرير فى هذة القضية. هى ومساعدة البحث

---

(١) Polly Morrice, Children on demand, N.Y.Times, Apr. 22/2007 at 7-16, available athttp://www.nytimes. com/2007/04/22/books/review/Morrice.t.html

(٢) (Deidre.Com. Online Chat.DEC.10.1995.HTTP://WWW. DEIDRE.COM/ CHATS/OPRAH_CHAT.CFM (Last Visied Jon.23. 2009) . 23_2009.

أستخلص إحصائية شاملة للمحاضرات الأكاديمية والمهنية والقانونية على الأطفال ذوى الوالدين من جنس واحد.

نقلا عن سلطة مؤثرة، تشمل (الاكاديمية الامريكية لطب الاطفال والجمعية الامريكية للطب النفسى) وجدت ان الاطفال الذين تمت تربيتهم من آباء وأمهات من نفس الجنس يكونون على قدم المساواة مع الاطفال لآباء مختلفي الجنس عاطفيا ونفسيا[1].

ثانيا لقد راجعت ما وصفته بالنمو المتسارع الآتى فى تغطية إعلامية للأزواج من نفس الجنس وأطفالهم.

وفى شبكة التليفزيون الوطنية ـ وبعد مراجعة دقيقة لم تجد دليلا على أن أى ضررقد وقع للأطفال التى صورتهم وهويتهم التى أدرجت منهم فى هذه التغطية الأعلامية او غيرها[2].

ثالثاً البرفيسور Goldberg وجدت أن التغطية الإعلامية لأطفال لوالدين متوحدى الجنس لها أهمية كبيرة لتسهيل قبول وتضاءل التحيز تجاه الوالدين متوحدى الجنس وأطفالهم تمثل أفضل مصلحة لنيكولاس، وبأستعراض المقالات قالت إنها نقلت عن علماء وجدوا أن إذاعةالأخبار يمكن أن يسهل قبول التبنى ـ بعكس تحويلات ما بعد الحداثة فى التفكير عن مشكلات الأسرة.

هذه التحويلات تنطوى على الأعتراف بهياكل الأسرة المعنوية ومفاهيم بديلة للقرابة. وبتغطية إجراءات التبنى وتقديم توصيات بنشر الاخبار يمكن أن يلعب دوراً فى تعزيز أشكال القرابة الغير جينية.

Gary، Antony أخيراً بعد إجراء حوار مع كل منهما[3].

---

(١) http://www.deidrehall.com/chats/oprah_chat.cfm See Am Avad of Pediatrics. Co – Parent or Second Porent adoption By Same Sex Parents. 109 Ped iatrics 339 (2002).

(٢) (as in – interalia – the New York Times, Boston Herald U-S-A-Today)

(٣) (susan l.klin ,Amoda L.Kaerel ,Karishm chatter Jee , coveing adoption. General pepictions in broad cast News,55 family relations i87,488 (2006

بعد وضع التطبيق الشامل فى سياق بحثها الأدبى، أشارت إلى أن بث الأذاعة لإجراءات التبنى لن يسبب ضرراعند عرض الحقائق وإن نيكولاس تم تبنيه وله والدان من نفس الجنس ولقد ذكرت.

أياً كان من يتعامل مع نيكولاس ووالديه يعرف أن نيكولاس من والدين من نفس النوع وأنه تبنى بواحد منهما على الأقل وذلك لأن كلا والديه لا يمكن أن يتقاسما جنيناً فى تصورة. ان هذه الحقائق عن عائلة نيكولاس والتى قانونياً ستحتفظ أثناء إجراءات التبنى. لايمكن تعديلها لتبنى نيكولاس أو تعميم هذا الفيلم بعد ذلك. ولذا لا يوجد سبب من قبل افلام بخصوص حقوق نيكولاس الخاصة يمكن أنتهاكه بواسطة إذاعة إجراءات التبنى. لقد أستنتج الاستاذ الجامعى Goldbery أن تصور CNN لتبنى نيكولاس من أبوين تعميم لقطات هذا الفليم لاحقاً لا يتوقع بشكل عقلانى أن يسبب قلق لنيكولاس وبالآحرى إنه سوف يخدم صالح ومنفعة الطفل القصوى.

طبقاً لذلك فإن المحكمة أصدرت أن منح التطبيق لن يسبب أى ضرر لأي مشارك فى هذه القضية (11 Jud] (c) (3)Ls218] والرجوع إلى النظام الأساسى الذى يحكم الكاميرات داخل المحكمة 3) 18 Jud l52 فأن الأعتبار الأخير هو الطبيعة الخاصة لإجراءات التبنى، ولذا فإن المتطلبات هى ان تكون DRL.sllu السجلات مختومة.

إن المحكمة سابقاً أعتبرت أن المنع من sllu فى النص ـ على إعتماد الأستماع إلى أن التبنى واستخلصت أنه لا يوجد شريط لفتح باب المحكمة[١].

كما نوقش فى هذا الرأى، ويهدف النظام الأساسى المختوم لخدمة مصالح الثلاثة وهم:

١ - حماية هوية والدين المولود[٢].

السرية توفر للوالدين الطبيعين عدم الكشف عن هويتهم التى ربما يعتبرونها ضرورية[٣].

---

(١) (Matter of Doe,N4L JaPRIL4,2001AT 31,Cl3 [sur ct- Ny covnty

(٢) (see e.g Matter of Linda F.M,52Ny 2d236,239 (1981))

(٣) Golan v.louis wise service 6g Ny 2d 343, 346-47 (1987)

إن النجاح فى عملية التبنى فى نيويورك يعتمد على خصوصية . هذه العملية للرجال والنساء الذين يواجهم ظروف الحمل الغير مرغوب فيه. أو عدم القدرة على توفير الرعاية الضرورية السرية لأطفالهم. هنا فإن أب المولود يطلب تأكيد ثابت عام للتبنى، ومما لاشك فيه فإن الاحتفال يشمل عدم الكشف عن هوية الأم التى ولدت.

٢- إن حماية خصوصية الآباء بالتبنى وعائلاتهم وأسرتهم التى شكلت سراً حديثاً.

تمكن آباء التبنى من أن يطوروا علاقات حميمة مع اطفالهم يشمل الحماية من أى ابتزاز، وهنا وعلى النقيض من ذلك فإن الأب المتبنى Gary أب المولود، وهما زوجان فخوران وهما يتمنيان أن يحتفلا بشرعية العلاقة لينكولاس.

٣- حماية الطفل من معرفة شرعيته / شرعيتها

وكذلك وقاية الطفل المتبنى من حقائق تحيط بميلاده وأبويته تبنى مجهول المصدر[1]. يحمى الأطفال المتبنين غير الشرعيين من أى وصمة عار قد يسمعوها بسبب ميلادهم. ولذا [sic]

كما دون الأستاذ الجامعى Goldbery فإنه من المستحيل إخفاء حالة التبنى لينكولاس عنه. إن Gary، Antony ليست لديهم النية لذلك بدلاً من ذلك فتصوير التبنى، فإنهم يحتفظون لينكولاس بشريط بصرى حيوى لحب كليهما له. والأعتراف القانونى للأسرة والتى تم أختيارها عن قناعة.

لأن أياً من السياسات الثلاثة التى تتطابق مع مصلحة الدولة فى نظام التبنى المنظم/ معتمد تشرف عليه حيث إنهم مشتركون فإن الختم الأساسى لا يشكل عائقا أمام إقرارا تصوير تبنى نيكولاس. لهذه الأسباب ومع موافقة GAL ينكولاس. صدرت هذه التطبيقات بين العديد من مراجعات القانون ومواده وفصول كتبه فإن البروفيسورGoldbery بشكل كامل نشير الزواج كأحتكار فى تدافق التاريخ والعرف لعلاقات المرأة فى الزواج Civil vnion distinction.

---

(١) (89 Misc zd 132,133 [sur ct ,Queen covnty (1976)]

قانون قضايا الأسرة[1] وقانون إصلاح التقاضى (الأباء الغير معترف بهم وقضايا[2]. وقريباً مسائل ملحة للتوجة الجنسى forthcoming uclal Rev June 2010

والتميز عن طريق المقارنة (forthcoming.Yalel-2011) لقد أجرى تدريب قضائى فى تميز LGBT ومسائل الأسرة لمعهد قضايا ولاية نيويورك والمعهد القضائى بنيوجرسى ٢٠١٠/٩/٦ (COL ny lju2،)

❖ **القضية (٢)**

افتتاحيات تنظيم قضايا استئجار الارحام[3]

قد تم مرة أخري منح المحاكم المختصة بالقضايا الناجمة عن التقدم فى تكنولوجيا الانجاب بالاضافة الي الانجازات التى تجاوزت استعداد مجتمعنا للتصدى لها بالصورة الشاملة. ففي هذة المرة فقط يكون الاطباء والمحامون هم المدعى عليهم وليس الآباء البيولوجين أو آباء التبنى.

AG.R.V Brisman MON -L 1012-08 فـأن محكمـة المقاطعـه ManMouth رفضت مؤخراً شكوى سوء الممارسة المهنية التى قدمتها امراه قد حملت الاجنة التوام لاخيها وشريكه وقد تم تلقيح البويضات مع الحيوانات المنوية مع شريك الاخ قبل ان يتم زراعتها فى الرحم AG.R'S قبل الزرع. وقالت انها ابرمت عقداً مع الرجال ينص علي التخلى عن حقوقها الوالدية، حينما يولد التوأم لكى يتمكن أخوها وشريكه من أن يتبنوهما رسمياً.

وقد تم اعداد العقد من قبل المدعي عليهم والذي قام الرجلان بالاحتفاظ به. ولم تقمA.G.R بتوكيل محام خاص بها حيث انها قد عاشت مضاعفات خطيرة أثناء الحمل وانها قد عانت من الدخول فى غيبوبة ولكنها شوفيت وانه قد تم ولادة الاطفال في عام ٢٠٠٦. وبعد ذلك بوقت قصير، اعطى AGR لBrisman استماره تتضمن موافقتها علي التخلي والتنازل عن حقوقها

---

(١) (civil vnion distinction 41 connl Rov 1397 (2009)

(٢) Alison Dv Virginia M.17 colum j-Gendre 8 L 30 7 (2008)

(٣) ١٢- ١٤) 194 N.J.L.J - مجلة القانون بنيو جرسى، مجلة ١٩٤فهرس ٩٤ - ديسمبر ٢٠٠٨

الوالدية ، والسماح بتبني الطفلين ولكن بعد ذلك بوقت قصير قامت AGR بتغير رأيها وطالبت في دعوة منفصلة بحضانة الطفلين.

وقد زعمت AGR في ادعائها بالاهمال ضد المحامى أنها وقعت على الموافقة بقبول التبنى ؛ بسبب أن Brisman حرف العقد السابق الملزم به والذى به وافقت على ان تزرع الاجنة المخصبة.

عقود تأجير الأرحام غير قابلة للتنفيذ في ظل ولاية نيو جيرسي الطفل 109 NJ 396(1988)][M)،] ومع ذلك فان الوضع المعروض هنا مختلف. ففى قضية الطفل M، الأم الحامل (المستأجره للحمل) هى الأم البيولوجية للطفل. أما عنBrisman فإن الاطفال غير مرتبطين وراثيا ل A.G.R ا. ومما لا شك فيه ان المحكمة عليها أن تقررمسالة ما إذا كان ذلك ينطبق علي الطفل M.

وقد نتج عن القضية تساؤلات جديدة بصرف النظرعن قضية التحريف. وتوجد العديد من التساؤلات حول A.G.R ودعوتها الخاصة بإهمال المحامى الذى لم يقم بتمثيلها ، وأما سوف تنفذ اتفاقية الحمل وما يتعلق بمسالة الميراث.

من أجل الاطفال الذين أحضروا لهذا العالم بواسطة هذه الأساليب الحديثة للتكنولوجيا. فاننا لا نذكر أبائهم الحقيقين أو المتبنين. فإن هذه الأسئلة تنبغى أن تؤخذ فى الاعتبار بواسطة المجلس التشريعى حيث ينبغي سن الإطار التنظيمي بعناية. ولا ينبغى أن تحل عن طريق التقاضى فاننا نقوم بتقديم العديد من المبادئ التوجيهية القانونية الخاصة ببيع المنازل عن الاهتمام بانتاج أرواح بشرية.

❖ القضية رقم (٣)

وهناك قضية كانت بمثابة نقطة تحول في تقاضي تأجير الأرحام في إعادة الطفلM[1].

وتتلخص هذه القضية ، ان هناك زوجين ، The Stern ، دخلا في عقد تأجير الأرحام مع Marybeth hitehead. وذلك لأن Mrs. Stern كانت عقيما[2].

(١) In re Baby M, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988).

(٢) Id. At 1235.

إن العقد يتيح أن Whitehead سوف تحمل من خلال تلقيح صناعي باستخدام حيوان منوي لـ Mr. Stern. كذلك ستحمل الطفل لأجل، تلده، وتسلمه إلى أسرة Stern لتتبني الطفل[1]. إن العقد يتاح مقابل دفع.. . Mrs Whitehead $10000. مع الاخذ فى الاعتبار أن الدفع لم يكن من أجل أنهاء حقوقه النسب أو في الاستبدال. لتسليم الطفل للتبني. لكن من أجل خدمات[2]. إن Mrs Whitehead تطوعت بأن تكون الأمم البديلة بسبب التعاطف الذي شعرته من أجل هؤلاء الذين ليس بإمكانهم الحصول على طفل ولأنها كانت تريد المال لكي تساعد أسرتها[3].

بعد ما أصبحت حاملا، فإن Mrs whitehead ارتبطت بالطفل الذي كانت تحمله، وعندما ولد الطفل أدركت أنها لن تتمكن من أن تتخلى عن الطفل[4]. على الرغم من أنها في البداية حافظت على اتفاقها في العقد وتخلت عن الطفل لأسرة Sterns لمدة ثلاثة أيام بعد ميلاده. لقد ذهبت لهم في اليوم التالي وأخبرتهم بأنها لا تستطيع العيش بدون الطفل وأنهم لابد أن يعيدوا لها الطفل. ولأن عائلة Stern كانت مهتمة بحجم يأسها وبالتفكير في أنها قد تقدم على الانتحار، فإنهم وافقوا على أن يعيدوا لها الطفل معتقدين بذلك أنها سوف توفي بوعدها أخير وأنها ستسلم الطفل[5].

إن الصراع المشين حول الطفل بدأ عندما تحققت العائلة من أن Mrs whitehead لا تنوى أن تعيد الطفل[6]. " فأقامت عائلة Sterns دعوى قضائية، لكي تنفذ اتفاقات تأجير الأرحام. وسعت وحصلت على أمر من طرف واحد يمنحهم حضانة مؤقتة، لأنهم كانوا يخشون من أن" Mrs Whitehead ستهرب بالطفل. عندما دخل المحضر بالتنفيذ إلى منزل Mrs whitehead فأنها ناولت

(١) Id whitehead's husband was also a party to the contract. Id.

(٢) Id. At 1241.

(٣) Id. At 1236

(٤) In re Baby M, 537 A.2d 1227, 1236 (N.J. 1988)

(٥) Id. At 1237.

(٦) Id.

الطفل لزوجها، الذي هرب مع الطفل من خلال شباك[1]. لقد هربت عائلة Whitehead إلى Florida مع الطفل، حيث أقاموا مع والدي MrsWhitehead.[2] وأخيراً فإن الشرطة أخذت الطفل من Mrs Whitehead بالقوة الجبرية تحت أمر محكمة.

لقد شرعت عائلة Sterns في الدعوى الأصلية وحصلوا على حضانة مؤقتة[3] إن المحكمة أخيراً أقرت أن العقد كان صالحا، وأمرت .Mrs Whitehead الوحيدة بإنهاء حقوقها كما أعطت الحضانة الوحيدة للسيد Stern- وأمرت أن Mrs Stern. يسمح لها بتبني الطفل وفقاً لمادة العقد.

إن محكمة New jersey العليا بعد النظر في عدم استقرار حالت Mrs Whitehead، أعطت الحضانة لعائلة Stern لأنها كانت أفضل فائدة بالنسبة للطفل، ولكن (MrsWhitehead) استعادة حقوق الوالديه وأبطلت التبني لـ Mrs. Sterns [4]. إن المحكمة قيمت اتفاق تأجير الأرحام تحت نظام New jersy لبيع الطفل ووصفت الاتفاق كمقايضة للطفل والتي وجدتها غير قانونية وربما تكون إجرامية[5]. وحيث أن عدم وجود بطلان أوتوماتيكي لعقود تأجير الأرحام. فإن المحكمة تأخذ المسائل الخاصة المتعلقة بدفع المال للأم البديلة[6] وأبطلت عقد تأجير الأرحام؛ لأنه يعارض القانون والسياسة العامة لـ New .jersey

نرى أنه يؤخذ على محكمة نيوجرسى فى بداية الامر؛ لأنها ناقدت نفسها بشأن تسليم الطفل الى عائلة MrsSterns وذلك يرجع الى عدة اسباب: بالرجوع الى قانون ولاية نيو جيرسى لتأجير الأرحام الذى ينص على السماح فقط بأتفاقات تأجير الأرحام بالإنابة (والتى بها تكون الام البديلة ليست المساهمة البيولوجية للبويضة)

---

(١) Id.

(٢) In re Baby M, 537 A.2d 1227, 1237 (N.J. 1988)

(٣) Id.

(٤) .Id. At 1259

(٥) Id. At 1240.

(٦) In re Baby M, 537 A.2d 1227, 1240 (N.J. 1988).

وهنا على العكس Mrs Whitehead كانت مساهمة بيلوجية للطفل اى كانت ام بيلوجية له بألاضافة الى تمسكها به فمن الأولى هى أحق بحضانة الطفل بالإضافة إلى أن الدافع لابرام صاحبة الرحم لم ينص على أنهاء حقوق النسب أو في الاستبدال. او لتسليم الطفل للتبني. لكن من أجل خدمة...

إن حل مثل هذه المسائل يتم شرحه في المذكرة التمهيدية لنموذج القانون:

ان تطبيق مضمون القائمة القانونية والقانون العام "أحدث ارتباكات وتناقضات"[١] "تتنوع في كثير من الأحيان للقضاء على المساعدة الإنجابية"[٢] وفيما يلي ملخصاً للمنازعات المتنوعة التي جرت ضد عموم تأجير الأرحام المدفوع تحديداً، حيث كانت اتفاقات تأجير الأرحام بلا منازع بالأطراف. وبعد أكثر من ٢٥ عام لدعاوى تأجير الأرحام، فإن هذه المنازعات تم شرحها بواسطة العلماء والمحاكم بالمثل، وهذه التناقضات وحدت الطريق للنهج الإداري لتأجير الأرحام بدون الحاجة إلى إقرار قضائي.

بعض المبادىء القانونية التى استندت عليها السوابق القضائية السابقة :-

- إن معارض لتأجير الأرحام غالبا ما يبدأون منازعاتهم ضد إعلان أن عقد إستخدام الأرحام ينتهك التعديل الثالث عشر لحظر الرق. وبهذه الطريقة فأنهم يسمحون "بالتجارة" في الطفل لاعتبارات مالية[٣]. إن المحكمة العليا Calfornia in Johnson V. Calvert عللت أن عقد التأجير الأرحام في القضية يتيح للسيدة الحامل ان تحتفظ بحقها المطلق" في أن تجهد الطفل، وبالتالي تحمي حريتها" تحت تعديل الثالث عشر للقانون[٤].
- إن العديد من المشاكل المتعلقة بعقود إستخدام الأرحام نشأت فى ظل الحالة الفردية للقوانين القائمة والتي غالباً ما تكون في سياق التبني وعلى

---

(١) Id. At 1234.

(٢) ABA Model Act, Prefatory Note, at 171.

(٣) Kindregan & Snyder

(٤) e.g., In re Baby M, 525 A.2d at 1253 n. 12; also Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776, 784 (cal. 1993) (in which the surrogate asserted this as one of her arguments).

سبيل المثال فإن محاكم السلطات القضائية لمكافحة بيع الاطفال أمتدت لما إذا كان عقد تأجير الأرحام مشروع.

- القوانين المتوفرة لاستخدام التلقيح الصناعي بواسطة المتزوجين أيضا تحوى منازعات ما إذا كان هذا التشريع ينبغي أن يمتد لإستخدام الأرحام.

- إن المحاكم تبحث تحريم تأجيرالأرحام. أو إعلان أن عقود تأجير الأرحام باطلة غالبا ما يتم ذلك بربط تأجير الأرحام بقانوني خطر بيع الأطفال على سبيل المثال. في إعادة الطفل M فإن المحكمة العليا المحكمة العليا لـ New Jersy أعلنت أن قوانين الولاية التي تعارض بيع الأطفال أقرت أن المشكلة تنحصر فى خطر تأجير الأرحام المدفوع له[1] ولذا فإن المحكمة تقر أن الأم البديلة لا يمكن أن تضطر لأن تتخلي عن حقها في النسب لوالديه عملاً بعقود الأم البديلة.

- وذلك لأن مثل هذه العقود يعتبر بمثابة بيع للطفل أو على الأقل بيع لحق الأم في التنازل عن الطفل[2]. إن محكمة الطفل M وجدت أن عقود التأجير الأرحام التي تدفع التعويض الكامل فقط تكون بناء على تسليم الطفل محقق أن هذا العقد ليس فقط لخدمة الأم البديلة التي تحمل الطفل وذلك لأن العقد يحدد أن الوالدين المعنيين" لن يدفعوا شيء في حالة موت الطفل قبل الشهر الرابع للحمل، ومبلغ ١,٠٠٠ $ لو أن الطفل مولود ميت"[3].

- وهناك بعض المحاكم التى منعت تأجير الأرحام وذلك على الرغم من أن قوانين الولايات التي تتيح أنماط أخرى من مساعدة الإنجاب عن طريق تميز تأجير الأرحام باعتبارها توفر حياة حقيقية، بدلاً من احتمالات الحياة. ففي إعادة تبني Paul على سبيل المثال فإن محكمة New York أصدرت أن القانون -

(١) Johnson, 851 P.2d at 784.

(٢) In re Baby M, 537 A.2d at 1248.

(٣) Id The court reasoned that "almost every evil that prompted the prohibition on the payment of money in connection with adoptions exists here id."

يسمح بالتلقيح الصناعي بالمتزوجون الذين لا يستطيعون منطقيا من أن يوسع نطاقهم ليشمل تأجير الأرحام[1].

- لقد عللت المحكمة أن إستخدام الأرحام لم يكن مماثلا للتبرع بالحيوان المنوي "كوسيلة لتحقيق النسب"[2]. لقد وجدت المحكمة أن هناك "اختلافات هامة" في ذلك. حيث إن الحيوان المنوي هو مجرد أمشاج ويحتمل أن يكون قادرا على الاندماج بنجاح مع بويضة. لتكوين الجنين والذي يستلزم أن يبقى الحمل حتى الميلاد حيث أن الأم البديلة توفر سبل الحياة وأنها ليست تنتج البويضة فقط، ولكنها توفر الحماية والتغذية أثناء الحمل وتسلم طفل بشري قادر على البقاء المستقل.

- هذا هو الفارق الذي ويقدم كما أن الهدف الأساسى للأم البديلة المستأجرة الربح المادي غير القانوني لبيع الأطفال.

وأخيرا وحيث أن معظم اتفاقات تأجير الأرحام تمنح من أجل حضانة الطفل الوحيد للأب فور الميلاد، وبعد ذلك، ربما يتم التبني بواسطة الزوج أو الشريك ...

- عقود تأجير الأرحام وجدت لكي تنتهج قوانين الولاية التي تتيح أن الأطفال لابد أن يبقوا مع والديهم الطبيعيين وتتم تربيتهم بهم إن محكمة New jersy في الطفل M.[3] أن مجمل الغرض والتأثير للعقد هو أن نعطي الأب الحق المقتصر للطفل بإلغاء حقوق والدته[4].

---

(١) Id. At 124 In re Adoption of Paul, 550 N.Y.S.2d (N.Y. Fam. Ct. 1990). The New York court similarly held that a surrogacy contract would only be upheld if the surrogate agreed not to accept compensation because "compensation direct to the mother for her 'services' in carrying and giving birth to the child" was not permitted under the state's anti-baby-selling statute. Id.at 817.

(٢) In re Adoption of Paul, 505 N.Y.S. at 818..

(٣) In re Baby M, 537 A.2d 1227, 1247 (N.J. 1988).

(٤) Id, The court explained that "the first stated purpose of the previous adoption act... [is] to protect the child from unnecessary separation from his natural parents... While not so stated in the present adoption law, this purpose remains part of the public policy of this State." Id.

- ومع ذلك فإنه لا توجد محكمة تبطل التخلي عن حقوق الوالدين أو الموافقة على التبني لمجرد أن المتسلمات وافقن على أن يكن أمهات مستأجرات.

إن محاكم تدعم تخلي أو موافقة الوالدين في مواجهة تشريعات الدولة التي تمنع بيع الأطفال ثم قدمت ذلك لسببين-

أولاً: بعض المحاكم وجدت أن الدفع في عقود تأجير الأرحام هو ببساطة تعويض لخدمات الأم البديلة لحمل الطفل:

إن السبب في أن عقود تأجير الأرحام لا تجرم الغرض من التشريعات المناهضة لبيع الأطفال. والتي تتمثل فى احتفاظ سمسارة الأطفال من الأم السحاقية المتوقع حملها بالحوافز المالية ؛ لكي تتخلي عن الطفل[1] وحيث أن عقود تأجير الأرحام تتشكل قبل الحمل، فإن الأم البديلة المستأجرة غير مدفوعة بتجنب العواقب لحمل غير مرغوب فيه أو خوف من الأعباء المالية لتربية الطفل. ولكن حسب رغبتها لتساعد فرد أو زوجي لا يستطعيان، ويشكل ميؤس في الحصول على طفل[2]. وبالإضافة إلى ذلك فإن الدفع عادة ما يتم فوق الشهر التاسع للحمل، والمؤكد أن التعويض لخدمات الحمل البديل في حمل الطفل، ليس في شكل مبلغ مقطوع فقط ولكن وعندما يولد الطفل معافى صحيا اى صحيح البدن.

- بدلاً من ذلك فإن محاكم تدعم عقود تأجير الأرحام طالما أنه لا يشتمل على شرط تعويض نقدي. وهذه المحاكم تعلل أن تأجير الأرحام لا يمكن أن يشكل بيع أطفال في غياب التعويض النقدي والسياسي المتعلق بالقوانين التي تحظر بيع الأطفال ليست متورطة عندما لا يدعم قرار الأم البديلة للتخلي عن حقول لوالديه بالكسب المادي[3]. وعلى سبيل المثال، على الرغم من أن محكمة New York يبطل التخلي بلا منازع عن حقوق النسب للأم البديلة في إعادة

(١) See Johnson v. Calvert, 851 P. 2d 776, 783 (cal. 1993); In re Adoption of Baby A, 877 P.2d 107, 108 (Or. Ct. App. 1994).

(٢) See Surrogate Parenting Assocs.,v. commonwealth, 704 S.W. 2d 209,212, (ky 1986)

(٣) See eg. Johnson, 851 P.2d at 784.

تبني paul. لقد وجدت أن التخلي كان مسموح لو أن الأطراف اقروا التعويضات الضائعة كشرط في العقد[1].

ثانياً: بعض المحاكم تدعم عقود تأجير الأرحام لأنهم وجدوها تتفق مع قوانين الدولة في السماح لأنواع أخرى من ARTs مثل التي في الإخصاب الأنبوبي.

في ذلك نجد أن جميعهم مشتركون بالعبث مع الطبيعية في مصلحة ٢٤٩ ❖ مساعدة الأزواج العقيمين في أن يتصوروا"[2] إن هذه المحاكم تعلل أن الإخصاب الأنبوبي وترتيبات تأجير الأرحام هي متشابه، وبها يتمكن الأزواج العقيمون في أن يكون لهم طفل مرتبط بيولوجيا بأحد منهم عندما لا يستطيعون" فعل شيء آخر"[3].

رأى الباحثة:

يؤخذ على القضاء الأمريكى فى أحكامه القضائية السابقة إغفاله عن شروط تبنى الطفل، وهى أن يكون الطفل عند تبنيه مفتقدا لأبويه البيولوجيين وربما يكون هذا السبب تعليلا لعدم وجود مشاكل من جهة الأسرة المتبنية للطفل لعدم وجود أبوين له بالفعل؛ لذلك نرى أن هناك التحايل عن طريق تكييف نظام طفل التبني على نظام طفل الرحم المستأجر لمجرد إلحاق الأم البيولوجية بالطفل الناتج من ثمرة هذه العملية تحت مظلة نظام التبني كذلك نرى ان القضاء جانبه الصواب عندما أخذ بواقعة الولادة كحقيقة أساسية لثبوت النسب جهة الأم[4] فى الوقت الذى منح فيه الأم البيولوجية بحق التبني، لأن الطفل المتبنى المفترض فيه ان يكون مجهول النسب أى الابوين.

كما كان ينبغى أن يكون الدافع الجوهري لهذا القضاء الاعتراف بأن الأم صاحبة البويضة هي الأم الحقيقية للطفل وأمام هذه الحقيقة البيولوجية الجلية تبرز

---

(١) See Surrogate Parenting Assocs., 704 S.W. 2d at 211.

(٢) See In re Adoption of Paul, 550 N.Y. S 2d 815, 818-19 (N.Y. Fam. Ct. 1990);/ In re Adoption of Baby L.J., 505 N.Y.S.2d 812, 818 (N.Y.Sur. Ct. 1986).

(٣) Surrogate Parenting Assocs., 704 S.W. 2d at 212

(٤) J.R Devich' ‹les preuves scientifiques et le contentieux de la filiation" Rev. trim.dr.civ. 1983, 723.

الحالة المدنية للطفل بعناصرها المختلفة قائمة علي أساس ثابت من العلم والقانون بما يترتب علي ذلك من وجوب الأخذ بعناصر العلاقة بينها وبينه لتكون هي عناصر حالته المدنية التي تستمر معه طيلة حياته لأن الحقائق البيولوجية لا تتغير بتغير الزمان أو بتبديل المكان.

كما كان من المفترض أن يكون هدف القضاء من هذه الوقائع التى بين يديه العمل على الحفاظ على الصالح العام وذلك بعدم النظر بالمصالح الفردية لأبطال هذه القضايا، وهذا يكون بإبطال نشاط استئجار الارحام إذ أن وضع جسد الحامل تحت تصرف الزوجين والتزام الحامل بالإنابة بتسليم الطفل مقابل مبالغ مالية متفق عليها مقدما إلاضافة الى الاعفاء من الالتزام المادى أو بجزء منه عند وفاة الجنين، فذلك كله يجعل من جسد الحامل والطفل محلا للتصرفات القانونية، ويلقي يهما في نطاق دائرة المعاملات القانونية والمالية، ويظهر ذلك بجلاء من المقابل المادي المعروض مقدماً لإتمام العملية مما يعد مخالفة صريحة لنص المادة السابقة والتي تنأى بالجسد الإنساني عن الدخول في دائرة التجارة القانونية.

❖ **قضية أخرى من الواقع العملى الحقيقى الذى خلفه إستخدام الرحم:**

فيما يلي حالة حقيقية لتوضيح الأختلال في تنظيم استئجار الرحم في الولايات المتحدة، في هذه الحالة هناك وكالة استئجار أرحام (الوسيط) في انديانا صنعت رأس مالها من قوانين الولايات المتضاربة.

ولاية انديانا تسمح بعقود استئجار الرحم بدون عقوبات متضمنة ضمان انتقال الحقوق الأبوية خلال التبني في حالات استئجار الرحم على الرغم من حقيقة أن انديانا تعتبر عقود استئجار الرحم باطلة. وقامت الوكالة عن طريق الانترنت بإيجاد عميل من خارج الولاية ومن ولاية لها قوانين متساهلة في استئجار الرحم.

وقام الوسيط بموافقة العميل وهو رجل عزب من نيو جيرسي (الأب المتعاقد) مع امرأة سوداء من ساوث كارولينا (الأم البديلة)مستعدة للعمل كأم بديلة.

و لم يتخذ الوسيط أي اجراءات وقائية لعرض أي من الطرفين ولم يوفر أي استشارة ولا عرض للصحة العقلية أو البدنية أو العاطفية. وسافر الطرفان إلى انديانا لتنفيذ عقد استئجار الرحم وانشاء نطاق السلطة هناك.

وظهرت التعقيدات بعد ولادة طفلتين توأم حين أظهرت التحقيقات أن الأب المتعاقد - و الذي أكد على حقه في انتقال الحقوق الأبوية إليه عن طريق عقد استئجار الرحم — هو ذو شخصية موضع شك مما ألقى الضوء على قوانين انديانا المتضاربة الخاصة باستئجار الرحم والتبني[1]. وكانت المشكلة الأولى قانونية : حيث أن انديانا تسمح بعقود استئجار الرحم ولكنها أيضًا تبطل فرض العقد[2].

أيضًا فعلى الرغم من بطلان عقد استئجار الرحم إلا إن انديانا تسمح للأطراف في اتفاق استئجار الرحم بنقل الحقوق الأبوية خلال التبني. وعلى الرغم من ذلك لايتم تبني طفل في انديانا إذا لم يكن الوالد المتبني مرتبطا بالطفل جينيًا يجب أن يكون مقيمًا في انديانا" حين كانت أبوة الفتاتين التوأم مازالت محل تساؤل قدم الأب المتعاقد محل سكنه في عنوان الفندق الذي كان يقيم فيه مؤقتًا من أجل ملاقاة شرط الإقامة[3]. وعلى الرغم من أن الاختبارات الجينية قد أثبتت أن الأب المتعاقد هو الأب البيولوجي إلا أن التحقيقات أثارت مخاوف من كون الأب المتعاقد مناسبًا لحضانة الطفلتين المولودتين قبل الأوان. قامت حادثتان إضافيتان برفع الأعلام الحمراء.

الأولى عندما حاول الأب المتعاقد زيارة الطفلتين المولودتين قبل الأوان في وحدة العناية المركزة للمواليد وهو يحمل طائرًا حيًا في جيب قميصه ومرتديًا قميصًا ملطخًا بفضلات الطيور[4]. ثم حاول الأب المتعاقد أن يأخذ أطفاله خارج المستشفى ليقود بهم إلى منزله في نيو جيرسي في حين أنهما كانا لا يزالان يتنفسان عن طريق جهاز التنفس الصناعي. وبدافع الحرص على التوأم قامت إدارة المستشفى بتنبيه وكالة سلامة الطفل إلى القضية[5]. واسفرت التحقيقات التالية أن

---

(١) Id
(٢) Id.at 302
(٣) Id at. 300-01.
(٤) Id.at 301
(٥) .Id

وكالة استئجار الرحم قد ملأت السجلات عشوائيًا[1]. وقد كذب الوسيط بشأن محل إقامة الأب المتعاقد واصفًا تناسب غرفة الفندق الخاصة به في انديانا على أنها مؤثثة بشكل مناسب ومشيرًا إلى معايير النظافة بأنها مقبولة لإحضار الأطفال من المستشفى. وقد صرح الوسيط أيضًا بأن الأم البديلة هي الأم البيولوجية و، الذي ثبت عدم صحته بعد ولادة طفلتين بيضاوتين من أم سوداء.

هنا كان دافع الوسيط الأكبر هو تسهيل الحصول على عمولة مربحة من اتفاق استئجار رحم. وقد تجاهل الوسيط دوره الأخلاقي لفحص الرجل العزب الراغب في أن يصبح أبًا بدافع الاهتمام بسلامة أو صحة الأطفال الذين سيأتون كنتيجة لهذا الاتفاق. وكانت حقيقة عدم كون الأم البديلة هي الأم البيولوجية أمرًا زاد في تعقيد القضية حيث أن قوانين انديانا تتطلب أن تتنازل الأم البيولوجية عن حقوقها في الأطفال.

إنما في انديانا تتعامل القوانين مع المتبرعات بالبويضات على أنهم قد تخلوا عن الحقوق الأبوية آليًا.

هذه القضية توضح أن العواقب غير المقصودة للجمود من ناحية الحكومة الفيدرالية في تنظيم استئجار الرحم تجاريًا هي زيادة في التصرفات المهملة من قبل وكالات استئجار الرحم ومختصين الخصوبة الذين سوف ينسلون خلال الشقوق التنظيمية. صنع بنتين توأم من أب بيولوجي غير مناسب ومتبرعة بالبويضة ؛ مما نتج عنه عدم معرفة الأم وهو ليس نوعا من النتاج الثانوي الذي يجب علينا تشجيعه.

تكشف انديانا عن كيف أن قوانينها غير ملائمة للتعامل مع وسطاء استئجار الرحم والأطراف الخاصة الساعين لتلافي قوانين التبني بين الولايات باستغلال قوانين الولاية المتضاربة من أجل الربح خلال عقود استئجار رحم بين الولايات[2]. وتلقي درابياك الضوء على هذه القضية للجدال في صالح التنظيم الفيدرالي لاستئجار الرحم تجاريًا عن طريق سلطة الكونجرس لتنظيم التجارة ما

---

(١) .Id

(٢) Id.

بين الولايات[1]. هناك علاجات قليلة جدًا للأطراف الخاصة التي تقع ضحية لمثل هذه العقود المستغلة لاستئجار الرحم حيث أن العديد من الولايات إما أنها تمنع استئجار الرحم تجاريًا أو لا توفر للأبوين المتعاقدين أي حل قانوني في حالة خرق عقد استئجار الرحم. بالمثل ففي اتفاقات استئجار الرحم الدولية تستمر محاكم الهند في رفض الفصل في قضايا استئجار الرحم ولم تقم الحكومة الهندية بسن أي قوانين لتنظيم استئجار الرحم تجاريًا ويمكن أن يُترك الأزواج الأمريكيون الذين يعتمدون على نساء هنديات كأمهات بديلات بلا أي حل إذا ما حدث أي خلاف في عقد استئجار الرحم. تذكر ذلك عندما ننظر إلى اسرائيل والتي توفر تباينا واضحا ونموذجا ناجحا في تنظيم استئجار الرحم تجاريًا.

❖ إحدى القضايا الموضحة للمنهج التعاقدي لكاليفورنيا لاتفاقيات نقل الأرحام المتنافسة:

ونظرية أن تعاقدات نقل الأرحام مثل جميع التعاقدات يتم إبرامها للفائدة المتبادلة للأطراف ولدت منهج الآباء المقصودين لعملية نقل الأرحام – الأول يتضمن في كاليفورنيا- التي تقترب من نقل الأرحام بموجب تحليل التعاقد البسيط نظرا إلى نية الأطراف لتحديد أباء الطفل[2]. وفي جونسون في كالفرت يسعى الزوجان المتزوجان ليكونا لديهما طفل متعلق بيولوجيا، وعلى الرغم من أن كريسبينا كالفرت تعاني من استئصال الرحم فقد كانت مازالت قادرة على إنتاج بويضات، فالأم البديلة (أنا جونسون) زميلة عمل والتي سمعت بمأساة الزوجين وتطوعت لتكون أم بديلة تم زرع الجنين فيها الذي تم تخليقه من حيوان منوي لمارك كالفرت وبويضة كريسبينا كالفرت، وافقت أنا على التنازل عن جميع الحقوق الأبوية وسيُدفع لها ١٠٠٠$ في سلسلة من الأقساط وسيكون أخر قسط بعد ستة أسابيع من الولادة. ووافقت عائلة كالفرت أيضا الدفع بوليصة تأمين بمبلغ ٢٠٠٠٠٠ $ على الحياة لمسز جونسون؛ لأن لديها بالفعل طفلا[3]. وقبل ولادة الطفل تدهورت العلاقات بين عائلة كالفرت

---

(١) Id.at 306

(٢) Id. at 778

(٣) Id.

ومسز جونسون التي طالبت بميزان المدفوعات المستحقة أو ستقوم برفض التخلي عن الطفل[1]. وكلا طرفي الاتفاقية قاما برفع قضية في النهاية سعيا وراء الإعلان عن الأبوة. ويعد إنجاب الطفل والاختبارات استثنت أنا جونسون كأم جينية له. وقد وجدت المحكمة ومحاكم الاستئناف أن عائلة كالفرت هم الآباء

وبالمراجعة فقد نظرت محكمة كاليفورنيا العليا إلى مواد قانون الأبوة الموحد الذي تم تبنيه من قبل قانون الأسرة في كاليفورنيا.

ويقر القانون أن الأمومة تنشأ بإثبات ولادة الطفل[2]. ومع ذلك فإن القانون يسمح أيضا بتحديد الأمومة بشكل مشابه للأبوة عن طريق استخدام اختبار الدم لتقديم الدليل الجيني وبدون شك ومشروط لكلا الطرفين حيث أن كاريسبينا هي الأم الجينية، وتم إجبار المحكمة على إثبات أن كلا من أنا وكريسبينا تظهران دليل الأمومة بموجب القانون[3].

وظهر مأزق المحكمة بموجب قانون كاليفورنيا الذي يشترط أن الطفل لديه أم طبيعية واحدة فقط" وقد حكمت المحكمة بعدم الأفضلية التشريعية لإنشاء الأمومة من قبل سواء الولادة أو الجينات' ولذلك فالحاجة لتحديد فاصل العلاقة فقد حكمت المحكمة بأن القضية تم تقريرها اعتمادا على نوايا الأطراف كما هو مبين في اتفاقية نقل الأرحام.' وقد حكمت المحكمة أن عائلة كالفرت، هم الآباء المقصودون بموجب شروط التعاقد لأنهم يقصدون بشكل مؤكد ولادة الطفل ويتخذون الخطوات الضرورية للتأثير على إخصاب المختبر.، ومن ناحية أخرى وافقت أنا جونسون بكل بساطة لتسهيل إنجاب طفل مارك وكريسبينا.، والهدف من التعاقد الذي تم إبرامه بحرية من جميع الأطراف هو جلب طفل مارك وكريسبينا إلى العالم ليس لأن مارك وكريسبينا منحا البويضة الملقحة لأنا للتربية على حسابها الخاص[4]. ومن ثم فبدون النوايا الأولية والاتفاق مع أنا فإن الطفل غير موجود وقد استخلصت المحكمة إنه على الرغم من أن قانون الأبوة

---

(١) johnson v. Calvert, 851 P.2d 776, 789(Cal. 1993).

(٢) Id. at 780 (citing Cal. Civ. Code s7003(1)).

(٣) Id. johnson v. Calvert, 851 P.2d 776, 781(Cal. 1993).

(٤) (Johnson v.Calvert, 851 P.2d 776, 782(Cal. 1993

الموحد يقدم طريقتان لإشهار الأمومة. عندما لا تتصادف الوسيلتان في امرأة واحدة، فهي التي تقصد في إنجاب الطفل، وهي التي تقصد في تحقيق ولادة الطفل الذي تقصد في تربيته كابنها وهي الأم الطبيعية بموجب قانون كاليفورنيا.

❖ **القضايا الخاصة بشذوذ حالات نقل الأرحام الغير منافسة:**

لا يمكن ضمان الحفاظ على أهداف الأطراف والفوائد المتبادلة لعملية نقل الأرحام كما تم تصوره من قبل محكمة كاليفورنيا إذا لم يتم التأكد من جميع الأطراف أن التعاقد يمكن، وسيمكن تطبيقه[1]، والناتج غير المؤكد يجعل التعاقد أقل قيمة لكلا الطرفين.، والحاجة لنموذج إداري الذاتي التطبيق لاتفاقيات نقل الأرحام هي الأكثر ظهورا في الحالات التي فيها تبطل المحكمة تعاقدات نقل الأرحام في حالات نقل الأرحام غير الموافق عليها.

ومثلا في حالتين ما قبل بيبي إم من متشيجين فقد أبطلت المحكمة اتفاقيات نقل الأرحام غير الموافق عليها. وفي ١٩٨١ طُلب من محكمة الاستئناف في متشيجن في ديو في كيلي لإعلان هذه الأقسام غير الدستورية لقانون تبني كاليفورنيا الذي يمنع تبادل الأموال أو اعتبار أخر متعلق بالتبني والإجراءات المتعلقة. والنظرية لإبطال هذه الأقسام هي إنهم ينتهكون حق الآباء المقصودين لخصوصية ❖٢٥٦ بما في ذلك حق الحمل وإنجاب أطفال[2] وفي هذه الحالة يستأجر الزوجان أما بديلة لحمل الطفل المصور من بويضة الأم البديلة ومني الزوج عندما يكون لدى الزوجة ربط الأنابيب وكانت غير قادرة على الإنجاب[3]. وكانت سكرتيرة الزوج ترغب في التلقيح بمني الزوج وتحمل أي طفل ناتج لوضع شروط والموافقة على تبني الطفل من قبل الزوجين، واتفاقية نقل الأرحام اشترطت أن البديلة ستحصل على ٥٠٠٠ $ بالإضافة إلى النفقات الطبي' وأقامت المحكمة أن حالة التبني لا تتداخل مع الحقوق الدستورية

---

(١) kerian, (citing Richard A. Posner, the Ethics and Economics of Enforcing Contracts of SurrogateMotherhood, 5 j. contemp.health L.& pol'y 21,23 (1989)).

(٢) Doe v.Kelley, 307 N.W.2d 438,439(Mich. Ct. App.1981).

(٣) Id. at 440

للزوجين للخصوصية والإنجاب[1]. وبرهنت المحكمة أن القانون محل الموضوع لا يمنع بشكل مباشر من امتلاك طفل كما هو مخطط في اتفاقية عملية نقل الأرحام لكن يمنع المدعين من الوضع في الاعتبار ما يتعلق باستخدامهم لإجراءات تبني الحالة.، وقد منعت المحكمة العليا في الولايات المتحدة المعايير[2].

وبعد أربع سنوات رفضت محكمة متشيجن العليا في سيركوساي في أبل يارد – بدون مواجهة صلاحية اتفاقية نقل الأرحام – منح أمر بنوة للأب البايولجي للطفل المولود لأم بديلة. وهذا الأمر يسمح للأب بالتأكيد على أبوته؛ لأن قانون الأبوة في متشيجن يشترط أن الطفل المولود للسيدة الملقحة صناعيا المتزوجة يتم علاجها لجميع الأغراض كطفل زوجها[3]. ومع ذلك لهدف صريح من الخضوع لهذا القانون فيقوم زوج الأم البديلة على شهادة عدم الموافقة على التلقيح الصناعي[4]. والأب البايولجي والزوجة لديهما تحفظ مادي على الطفل، والأم البديلة وزوجها يتعاونان باستمرار بمجهودات مضنية للحصول على أمر محكمة بالاعتراف بالأبوة، وفي الواقع فإن الأم البديلة المدعي عليها ترد على الشكوى عن طريق الاعتراف بادعاءات الأب المدعي وتنضم لطلبه للراحة.

وقدمت الأطراف بشكل مشترك أمر موافقة مقترح للأبوةوقد حكمت المحكمة العليا بأن المحكمة لديها اختصاص وتمد الحبس على الرغم من القاضي ❖٢٥٧ منح حركة النائب العام للحكم السريع ومبرهنا أن الراحة التي يتم

---

(١) Id. at 1441

(٢) DoeV.Kelley, 459 U.S.1183(1983).

(٣) Syrkowski V. Appleyard, 362 N.W.2d 211,212 (Mich1985).
Christine Kerian notes that:
The count should have recognized the waiver of parental rights by Mrs. Appleyard. The proposed order of filiation would have allowed Mr.Syrkowski to obtain full custoday of the child and thereby avoided a violation of adoption law prohibiting consideration for the relinquishment of parental rights. by failing to grant the order, the court placed a substantial obstacle in the way of surrogacy

(٤) Syrkowski, 362 N.W. 2d atr 212

السعي إليها تأتي وراء نطاق قانون الأبوة(١). قرأ القاضي القانون كامتلاك الهدف المحدود لتأمين الدعم المالي للأطفال المولودة خارج نطاق الزواج. وقد رفض قراءة القانون بشكل أوسع لتقديم الراحة التي يتم السعي إليها من جميع الأطراف لاتفاقية نقل الأرحام لأنه يشعر أن القيام بذلك سيجيز اتفاقيات نقل الأرحام على عكس البوليصة العامة(٢).

واللاحق لبيبي إم في إن ري ادويشن أوف بول قامت محكمة نيويورك بإبطال التنازل بالتزكية للحقوق من قبل الأم البديلة(٣). وقدمت اتفاقية نقل الأرحام للتلقيح الصناعي للأم البديلة من خلال الأب المقصود عندما تكون الأم المقصودة زوجته غير قادرة على الحمل(٤) فالزوج والأم البديلة هما فقط أطراف التعاقد.، والاتفاقية تشترط بدفع ١٠٠٠٠ $ للأم البديلة عند الولادة والتنازل عن التحفظ على الطفل ، وذكرت الاتفاقية أن الدفع كان للنفقات وليس للموافقة على التنازل عن الطفل للتبني، واشترطت الاتفاقية أيضا أن الأم البديلة ستنهي جميع الحقوق الأبوية المتعلقة بالطفل وليس لديها الحق في زيارة بعد ولادة الطفل(٥) واعترفت الأم البديلة بأن الهدف الوحيد هو في إبرام الاتفاق هو تقديم الطفل للأب(٦) وعندما يُولد الطفل لا يتم إدراج الأب في شهادة الميلاد وتتطلب الأم البديلة من المحكمة تنفيذ الموافقة القضائية لتبني الطفل من قبل الزوجين(٧). وبالإضافة إلى إم بيبي اتخذت المحكمة القضية بمواد التسديد وحددت أن تنازل الأم البديلة سيكون مقبول فقط إذا حلفت كذبا بقبول ١٠٠٠٠$. وهذا سيؤكد للمحكمة أن التنازل كان طواعية بشكل حقيقي ويتم تحفيزه من اهتمامها لأفضل المصالح لطفلها وليس لوعد بمكسب مادي.

---

(١) Id. at 213

(٢) Syrkowski V. Appleyard, 362 N.W

(٣) In re Adoption of Paul , 550 N.Y.S.2d 815,819 (N.Y.fam.Ct. 1990.(

(٤) Id. Id. At 815

(٥) Id.

(٦) (In re Adoption of Paul , 550 N.Y.S.2d 815,816 (N.Y.fam.Ct. 1990

(٧) Id

❖ **نماذج من السوابق القضائية في المملكة المتحدة:**

من القضايا التي عرضت على القضاء في المملكة المتحدة عام ١٩٧٨ حيث تتلخص وقائع القضية أن تم دفع المبلغ المتفق عليه مع الأم صاحبة الرحم المستأجر للقيام بالمهمة، إلا أن الأم بالرحم بعد وضع الطفل رفضت تسليمه للزوجين. وقضت المحكمة لصالحها استناداً إلى أن بقاء الطفل مع الأم بالرحم يتفق مع مصالح الطفل المختلفة[1].

وبعد نشر تقرير لجنة Warnock عام ١٩٨٥ ولد أول طفل نتيجة للوسيلة محل البحث وتتلخص وقائع القضية في أن Mrs. Cotton في المملكة المتحدة وافقت علي عرض قدمته هيئة أمريكية متخصصة في تنفيذ الوسيلة المشار، إليها وشمل العرض دفع مبلغ من المال مقابل أداء المهمة المطلوبة وإنجاب طفل وتسليمه للزوجين في الولايات المتحدة الأمريكية. وكانت النطفة الذكرية من الزوج نفسه. ونفذ الاتفاق وتم دفع الأتعاب المستحقة.

وبعد ميلاد الطفل وافقت المحكمة المختصة في المملكة المتحدة علي تسليم الطفل إلي الزوجين في الولايات المتحدة الأمريكية. حيث رأت المحكمة أن مصلحة الطفل في تسليمه للزوجين، فالعبرة ليست بالعقد إنما بمصلحة الطفل[2].

وأثارت هذه الحالة اهتمام الرأي العام بسبب ما صاحبها من ظروف وارتفعت الأصوات التي نادت بتحريم الاتجار في هذا المجال، وأسفر ذلك عن إصدار قانون بتنظيم إجراءات الإنجاب من خلال الأم البديلة Surrogacy Arrangement. Act لعام ١٩٨٥م[3].

وتتلخص وقائع القضية الثانية في أن الأم البديلة تسلمت مبلغا ماليا من الزوجين مقابل أداء المهمة، وتم تحرير عقد بذلك، وقع عليه من الأطراف المعنية، وبعد الوضع رفضت الأم تسليم الطفل وتمكن الزوج من الحصول علي

---

(١) The human body and the Law, Duvid. W. Meyers, P. 64

(٢) .Medicai Law, lan kennedy and Andrew Grubb, P. 715

(٣) Doctors, patients and the law, Clare Dyer, 96

أمر من المحكمة بتنفيذ العقد، ففرت الأم بالرحم (البديل) إلى ولاية فلوريدا، إلا أنه تم القبض عليها وأجبرت علي تسليم الطفل للزوج وحينما وصلت الدعوى إلي المحكمة العليا في نيوجرسي أكدت المحكمة أن العقد يتعارض مع القوانين التي تمنع التعامل مع الأطفال بمقابل بما يفيد بيع الأطفال وفي ذات الوقت قررت المحكمة أن العبرة بمصلحة الطفل فقد تبين للمحكمة أن الزوجين تتوافر لهما الأمانات المالية والثقافية والاجتماعية والصحية لتنشئة الطفل علي الوجه السليم بخلاف الأم البديلة فلا تتوافر لها ذات الأمانات فالعقد يمكن فسخه كما ذكرت المحكمة إذا اقتضت مصلحة الطفل هذا الأجراء[١].

موقف القضاء الامريكي من المنازعات الاخلاقية والمعنوية المترتبة عن قضايا استئجار الارحام:

- وهناك المنازعات ضد نقل الأرحام لأسباب أخلاقية ومعنوية مثل تلك المتعلقة بالأسباب القانونية التي تعود إلى كل من عملية ايجار الأرحام بالتبرع ايجار الأرحام التجارى خصوصا.وبعض المحاكم يعتقدون بأن تعاقدات نقل الأرحام تهين المرأة بشكل عام[٢]. وتأكيدا على ذلك ما ذهبت اليه محكمة نيو جيرسي في بيبي"M " إنه إذا لم تتفهم النساء نقل الأرحام بشكل سلبي، كما انهم يرونها على إنها الفرصة التي لا تقلل من إمكانيتها لتدمير نساء أخرى[٣].

والمعارضون أيضا يجادلون بأن تعاقدات نقل الأرحام ستكون بطبيعة قهرية لأنه يجب إعطاء موافقة نهائية قبل أن يكون للأم فرصة الارتباط بالطفل الذي تحمله والقيام بأي موافقة ولا طوعا حقا ولا علما[٤].

وقد حكمت المحكمة في ري بيبي " M " أن أي قرار بعد عملية ولادة الطفل خاضع لالتزام تعاقدي موجود مسبقا وتهديد قضية ودافع الأجر والحالات الأقل هي التطوع كلية[٥].

---

(١) الإخصاب خارج الجسم، ص ٤٢ وما بعدها، الهندسة الوراثية والأخلاق، ناهد حسن سليمان، ص ١٧٨، آراء في الإنجاب الصناعي، علي طنطاوي، ص ٤٤٨ وما بعدها.

(٢) In re Baby M,537 A.2d 1227,1250(N.J. 1988)

(٣) Id.

(٤) Id

(٥) Id. At 1248

الجدل الاول: يرون أنه يجب أن تكون التعاقدات تبرعية

وهناك راى يرى أن تعاقدات نقل الأرحام المدفوعة ليست جبرية بشكل خاص وضغط النساء على التخلي على حقوقهن المحتملة الإلزامية، عندما يدخل التعاقد حيز التنفيذ بسبب احتياج مالي كبير. ولذلك فإن معظم البدائل سيدات فقيرات أو نساء ذوات بشرة ملونة[1]، وقد حكمت بعض محاكم الدولة إنه من أجل تجنب تطور فئة المربين[2]، فتعاقدات نقل الأرحام يجب أن تستبعد أي حافز مالي للأم البديلة للتأكد من إنه لا يوجد ضغط مالي يجعل المرأة التي من المحتمل أن تكون عضو فئة ضعيفة اقتصاديا للعمل كرحم بديل[3]. تعتبر اتفاقية نقل الأرحام عديمة الضمير إذا كانت تحت إكراه وغير معلومة كلية وغير ممثلة بمستشار قانوني.

وقد حدد المؤيدون لعملية نقل الأرحام بأن تعاقدات نقل الأرحام تعتبر طواعية بشكل دقيق؛ لأنه يتم القيام بها قبل الحمل[4] ويتطلبون المشاركة الطواعية والنشطة للبديل لتكون حامل[5]. وبالإضافة إلى ذلك فإن معظم عمليات نقل الأرحام تمضي قدما بشكل روتيني نحو النهاية المرغوبة من قبل جميع الأطراف في البداية المرأة التي تحمل الأطفال والتي تساعد الزوجين اللذين ليس لديهما أطفال لتحقيق رغبتهما لطفل متعلق بهما بيولوجيا[6] ومع ذلك حكمت محكمة كاليفورنيا في جونسون في كالفرت أن إعلان تعاقدات نقل الأرحام القابلة للتنفيذ تحرم الآباء المقصودين التي تكون وسائلهم فقط هي إنجاب طفلهما من المخزون الجيني الخاص بهم[7].

---

(١) Id

(٢) Id

(٣) R.R. v. M.H., 689 N.E.2d790,796(Mass1998)

(٤) Johnson v. Calvert, 851p.2d776, 784(Cal. 1993)

(٥) I owe this observation to my colleague at southwestern law school, Professor Tracy Truner

(٦) Surrogate Parenting Assocs. v. Commonwealth, 702.S. W. 2d 209, .)214 (Ky.1986

(٧) Johnson ,851p.2dat 785

وقد حددت محكمة كاليفورنيا في جونسون في كالفرت أيضا أن أي منازعة أن المرأة التي لا توافق بشكل صريح أو ذكي، لتحمل أو لتلد طفل للآباء المقصودين تحمل أصوات منطق عدة قرون مُنعت فيها المرأة من الحصول على حقوق اقتصادية متساوية والحالة المهنية بموجب القانون[1]، وقد حددت المحكمة أن لإعادة بعث هذه النظرة هي كل من حبس الاختيار الشخصي والاقتصادي على طرف الأم البديلة[2] وحكمت محكمة جونسون أن:

على الرغم من أن الشعور العام يقترح أن ذات الوسائل الأقل يعملن كأمهات بدائل أكثر مما يفعلها النساء الثريات. ولا يوجد دليل أن تعاقدات نقل الأرحام تستغل النساء الفقيرات بدرجة كبيرة أكبر من الحاجة الاقتصادية عموما التي تستغلهن عن طريق حثهن لقبول العمالة الأقل أجرا أو غير المرغوبة[3].

الجدل الثاني:..

البعض يجادل بأن عملية نقل الأرحام تجعل الأطفال سلعة، مراقبة المنازعات القانونية حول بيع الأطفال التي تم مناقشتها سابقا، بعض النسويين يشجبون عملية نقل الأرحام كخلق منتج يمكن بيعه وشراؤه في السوق[4].، ويجادل المعارضون أيضاً أن عملية نقل الأرحام تقلل من قيمة الحمل والطفل الناتج نفسه.، ويعارض المؤيدون بأن الآباء المقصودين هم مجرد بدائل مدفوع لهم لخدماتهم مع تحديد أن لرغبة عميقة للآباء المقصودين لإنجاب طفل، والطفل لن يتم حمله أبدا[5] وفهم هذه النقطة حتى نهايتها المنطقية، فقد قام جونسون روبينسون بالجدال بأن في سياق تربية الأطفال في عائلة تتكون من آباء من نفس

(١) Id

(٢) Id

(٣) Id

(٤) (citing Margaret J.Radin, Market-Inalienability, 100 Harv. L.Rev. 1849, 1930-32(1987);

(٥) Johnson v. Calvert, 851p.2d776, 782 (cal.1993) ('[T]he child would not have been born but for the efforts of the intended parents .... [T]he intended parents are they first cause, or he prime movers, of the procreative relationship.") (Quoting Hill, What Does it means to be a 'parent'? The claims of Biology as the basics for parental rights, 66N.Y.U.L.Rev.353, 415(1991).

الجنس، فلا يوجد دعوى التي يتم ضررهم بها ببساطة؛ لأنهم وُلدوا فيما يدعي البعض ليكونوا أقل من الظروف المثلية، والأطفال محل الموضوع لن يوجدوا إذا لم يتم جلبهم في العالم من خلال استخدام الفنون[1].

الجدل الثالث:

يتمركز حول تأثير عملية نقل الأرحام على المصالح النفسية للأم البديلة والآباء المقصودين والطفل. وتشير كاثرين دي لاير إلى الدراسات التي تظهر أن البدائل يشهدون فترة من الحزن والأسى بعد التخلي عن الطفل[2]. وبالتأكيد فإن حالة بيبي إم تجادل من أجل هذا الاقتراح العام[3]. ومع ذلك فبعض النسويين والمحاكم يناقشون التأكيد على أن البديلة لديها الحق في اتخاذ القرار وتكون محفزة برغبة لمساعدة الآباء المقصودين أن يكون لديهم طفل والذي سيكون محبوبا بشكل عميق ورفضت محكمة كاليفورنيا في جونسون بشكل مشابه حجز الخيار الشخصي والاقتصادي على طرف الأم البديلة ولحرمان الآباء المقصودة من ما تكون، وسائلهم الوحيدة لإنجاب طفل من مخزونهم الجيني الخاص[4].

والنتائج النفسية السلبية لعملية نقل الأرحام يتم تصنيفها أيضا بشكل مثير كشيء مؤثر حتى على الآباء المقصودين. وربما يحدث ذلك بشكل ظاهري إذا رفضت البديلة التنازل عن الطفل وإنهاء حقوقها الأبوية[5] أو تحاول إنشاء حقوق التحفظ أو الزيارة ويجادل آخرون بأن ❖٢٥٢ عملية نقل أرحام ته دد المصلحة طويلة الأمد في المجتمع لمنع العائلة التقليدية[6] ويجدون أن تقديم طرف ثالث –

---

(١) Id

(٢) surrogate anna Johnson simirlarly asserted that "psychological harm .....may result from the gestator's relinquishing the to whom she given birth. "johnson ،851p.2d at 784.

(٣) See in re baby M،537 ،A.2d 1227 (N.J 1988).

(٤) Johnson ،851 P.2d at 785

(٥) J. See In re Baby M، 537 A.2d 1227، as a worst case example

(٦) Surrogate Parenting Assocs. v. Commonwealth، 704 S.W.2d 209، 216 (Ky. 1986) (Wintersheimer، J.، dissenting).

الأم البديلة – في العائلة النووية (ينحرف جوهريا ويهدد مفهوم العائلة التقليدية)[1].

ومع ذلك تظهر الدراسات على نتائج ترتيبات نقل الأرحام أن جميع- لكن القليل - من قضايا ترتيبات الأم البديلة تذهب بنعومة مع جميع الأطراف المرضية بارتباطهم[2]. حتى إذا تفتت ترتيب نقل الأرحام فإن الحفاظ على العائلة التقليدية لم يعد نقاش حيوي ضد نقل الأرحام، حيث يظهر التعداد السكاني الأخير أن في عام ٢٠٠٠ فمن ١٠٤،٧ مليون أسرة تم إحصائها من قبل مكتب التعداد السكاني الأمريكي فإن ٥٥،٣ مليون منهم فقط يتكونون من زوجين متزوجين، ومن ١٠٤،٧ مليون أسرة فإن نسبة ١٤،١ في المئة فقط يتم تمثيلهم من قبل العائلة النووية (زوجان متزوجان بأطفالهم)[3] وأخيرا فأي إحباط يشعر به الآباء المقصودون لا يختلف عن هؤلاء الآباء المتوقعين المتبنين إذا كانت الأم المنجبة غيرت رأيها.

وأخيرا يجادل معارضو عملية نقل الأرحام إنها ليست في مصلحة الأطفال. وأوضحت محكمة بيبي إم إمكانية وضع الطفل بدون الوضع في الاعتبار مصالح الطفل[4] لأنه لا يوجد اقتراح أبسط أنه لن يتخذ أي سؤال في أي وقت لتحديد ملائمة الآباء المقصودين كآباء تحفظ أو التأثير على الطفل في عدم المعيشة مع الأم الطبيعية. وبالإضافة إلى ذلك إذا ظلت البديلة مجهولة فإن الطفل سيعاني من ضرر نفسي عن طريق محاولة التعرف على هوية البيولوجية.[5]

ومع ذلك وفي جونسون دعمت المحكمة ختامها بأن الأم المقصودة هي الأم الطبيعية بموجب قانون كاليفورنيا عن طريق رفض منهج أفضل المصالح الذي يحفزه المعارضة. وقد أكدت المحكمة أن:

---

(١) .Id

(٢) Conaway v. Deane، 932 A.2d 571، 632 (Md. 2007).

(٣) In re Baby M، 537 A.2d 1227، 1242 (N.J. 1988).

(٤) .Id. at 1248

(٥) Johnson v. Calvert، 851 P.2d 776، 782 (Cal. 1993)

يثير هذا المنهج الشبح البغيض للتدخل الحكومي في الأمور التي تورط مفاهيمنا الجوهرية للخصوصية وتشوش على مفاهيم الأبوة والتحفظ. والافتراض الضمني هو أن التعرف على الأم الجينية المقصودة كالأم البديلة التي أحيانا تؤذي الطفل. وهذه الافتراض يطل على قوانين كاليفورنيا للاعتماد التي تم تصميمها لحماية جميع الأطفال بغض النظر عن طريقة الولادة أو الحمل[1].

برهنت المحكمة أيضا أن عن طريق التعاقد الاختياري بعيدا عن أي حقوق للطفل فأن الحامل تعترف بأنضل المصالح للطفل هي ليست معها.

تعليق الباحثة:

حدد العديد من العلماء أن المنازعات المعنوية والأخلاقية حول مركز نقل الأرحام تدور حول ثلاثة موضوعات أساسية:

- استغلال وإهانة المرأة وجعل الأطفال سلعة والتأثير النفسي السلبي على الأم البديلة والآباء المقصودين والطفل، ولأن عملية نقل الأرحام هي العملية الوحيدة التي تشمل طرفا أخر ثالثا فعلي وهذا الشخص دائما امرأة فمن غير المدهش أن الجدل حول قانونية وقابلية تنفيذ اتفاقيات نقل الأرحام ينعكس، وغالبا ما تُدفع من قبل المخاوف المختلفة لسياسة حركة المرأة.
- والعقيدة الرئيسية للحركة النسائية هي أن للمرأة الحق في التحكم بجسدها، كما هو معكوس في دفاع الحركة عن حقوق المرأة في الإنجاب؛ لاستخدام وسائل منع الحمل والإجهاض. مع ذلك فقد وسعت التكنولوجيا الحديثة هذه الخيارات والتي أدت بالنساء إلى الجدال سواء أن هذه التكنولوجيا ببساطة تقدم للمرأة باستخدام جسدها أو أن هذه التقدمات ببساطة تقدم للرجال طرقا إضافية للسيطرة على أجساد النساء لاحتياجاتهن الخاص.

(نموذج عقد Act) لتأجير الارحام "٢٦٢" أحكام المنفذ تلقائيا :

قادت المشكلة فى تقييم وتنفيذ اتفاقية تأجير الارحام وحل النزاعات حول النسب لأنشاء نموزج Act لتأجير الارحام "٢٦٢" أحكام، فقد أمل

(١) Id.

المشرعون ان تعتمد الدول تلك الاحكام لكى تسمح للمدعين ان يتخذوا قرارت مستنيرة وللمحاكم ان تتوحد فى قراراتها(١).

وكما سيوضح بعد فإن اعتماد النموزج الأدارى لن يكون فقط تجاه هذه الأهداف ولكن أيضا من شأنه حماية مصالح الأطفال من هذه الأتفاقية ، ومن المؤكد ان حالات تأجير الارحام بالتزكية أمدت بالحجة الاولية لأعتماد الاحكام الادارية لتأجير الارحام فى نموزج Act ، وفى الحالات الثلاث التى سبق مناقشتهم فإن المحاكم التى لا تتبع تشريعات محددة تخص تأجير الارحام شعرت بأضطرارها للتدخل فى أجراءات تأجير الارحام بالتزكية فقامت بتطبيق قوانين دولة اخرى محاولة منها تحديد الهدف التشريعى الذى يخص الرحم المؤجرة.

فى Doe V Kell. –على سبيل المثال– عللت المحكمة ان النظام الأساسى للتبنى فى الدولة لا يحظر الحصول على طفل كما هو مقرر بأتفاقية تأجير الأرحام ، ولكنه يحول دون دفع الاعتبارات من قبل المدعين جنبا الى جنب مع استخدامهم إجراءات التبنى(٢).

وبالمثل : فى Syrkowski V Appleyard أعادت المحكمة الدستورية العليا قضية تتعلق بأتفاقية تأجير الارحام بالتزكية إلى المحكمة الأبتدائية وقد قرر قاضى المحكمة الابتدائية انه لا يستطيع منح الحكم بالبنوة للأب الوراثى البيولوجى للطفل المولود من رحم بديل بسبب قانون Michigan للأبوة والذى ينص على ان المولود لأمرأة متزوجة وملقحة صناعيا يعامل شأنه شأن ابن من زوجها الحالى(٣).

ونرى ان هذا ما هو إلا تطبيق لقاعدة الولد للفراش.

وفى النهاية ، أعترضت المحكمة على اتفاقية تأجير الارحام بالتزكية واعترفت بأن قرارها جاء نظرا لعدم وجود اتجاه تشريعى واضح تجاه هذا الموضوع فى الوقت الراهن ، فإن المحكمة ستنظر للقانون الذى يحكم بالتبنى

---

(١) 516 n.10(Ct. ، 126 Cal. Rptr. 2d 509، prato-morrison v. Doe App.2002).

(٢) .Id

(٣) (mich. 1985).، 212 ، 362 N.W.2d 211، Syrkowski V. Appleyard

عموما فضلا عن القانون الذى يحكم الولايات القضائية الاخرى بما فى ذلك قانون متشجن المطبق فى Doe V Kelley[1].

ولقد وجد أخيرا أن النموذج الإدارى هو الترياق المثالى لمثل هذه الحالات لأنه يسمح لأتفاقية تأجير الارحام بالمضى قدما على حسب رغبة كل الأطراف وبدون تدخل قضائى، فى المقابل فإنه يضع متطلبات صارمة من شأنها توجيه الشكل الفعلى للأتفاقية، وتقييدا لأولئك الذين ينتفعون من الاتفاقية من اجل تجنب العواقب مثل الذى حدث فى Baby M. والمتطلبات التى تشترط فى الرحم المؤجرة ان تكون تعدت ال ٢١ من عمرها ولها ابن آخر وتتلقى عناية طبية وعقلية وقانونية، مما يكفل ضمانا بأنها تتفهم ماهي مقدمة عليه وما إذا كانت مستعدة بالفعل وقادرة على إنهاء حقوقها الوالدية والتخلى عن الطفل بعد إنجابه، بالمثل إشتراط ان يكون الآباء المقصودون يمتلكون إتصالا جينيا مع الطفل المولود[2] وان يظهروا حاجة طبية لتأجير رحم بحيث يضمن أن اى طفل مولود ينتج من هذا الاتفاق يكون مرغوب به وبشدة وبالتالى فأن تنصيص ٢٦٣ دلالة سوف تلزم الآباء المقصودين بالوفاء بجانبهم من الاتفاق، وهو الاهم من أجل حقوق هذا الطفل.

وبدلا من التقييم القضائى لشروط الاتفاق بعد وقوعها – بل وبعد ولادة الطفل – فإن النموزج الادارى قرر البنوة ما قبل الحمل والتفكير باستخدام الاتفاق ذاته، فجعل تجريد المولود من حقوق والديه الاصليين وتحويلها جميعا الى ابويه المستهدفين وذلك يجرى فور الولادة، مع السماح بأعتبارات تقدية مناسبة تعطى للرحم المؤجرة، ومن هنا فإن قوانين الدولة للتبنى أصبحت غير مسئولة ولا يمكن فى الوقت نفسه الجزم بأن اعتبارات النفع بالأقتران مع استخدام إجراءات التبنى بالدولة فتستخدم قضية التبنى لتغيير الوضع القانونى

---

(١) 817 (N.Y.fam.Ct. ، 550 N.Y.S.2d 815،In re Adoption of Paul 1990).

(٢) Kindregan & Snyder، ststed that this requirement may be controversial، but was included to make the administrative alternative more palatable to state legislatures. Kindregan & snyder،

للمولود[1] ولا يمكن الجزم بأن هناك حق حماية دستورية فى المشاركة فى الترتيبات الوالدية البديلة يتعارض مع تطبيق قانون التبنى[2]، ويحفظ ايضا النموذج الإدارى الحق فى تحمل وإنجاب الطفل [3] وبالتالى يجنب ايضا تحديات دستورية كذلك التى نشأت فى Doe V. Kelley [4] وبالاضافة الى ذلك وبسبب وجود ابوة بديلة تتمثل فى الآبا "مستهدفين ككل ولابد من تجريد الوالدين الحقيقين من حقوقهم الوالدية تعاقديا عند الولادة مباشرة، والمحاكم لم تكن مضطرة لتطبيق تشريعات الدولة بالنسبة لأبوية الطرفين والنظر لما خلف كلمات القانون، كما فعلت المحكمة فى Syrkowski [5] لتحديد القصد التشريعى فى مواقف تأجير الارحام؛ لان مثل هذه التشريعات لم تأت من قبل!

و بدلا من الحاجة الى دحض افتراض أن الزوج لأمرأة ملقحة صناعيا هو بالفعل الأب الشرعى للمولود تحت اى قانون ابوى دولى كما فى Syrkowski، فأن هذا الفرض قد رد من شروط العقد نفسه والذى ينص على ان ليس فقط الرحم المؤجرة ولكن زوجها إذا كانت متزوجة عليه التخلى عن حقوقه الابوية وتسليم عهدة هذا الطفل بمجرد ولادته[6].

ان النموذج الادارى لن يحول دون الطعن فى اتفاقية تأجير الارحام ومن الوارد بشدة ان تغير الرحم المؤجرة موقفها فى التخلى عن جنينها وتتمنى ان لا تتنازل عنه بعد الولادة كما فى Baby M. كما ان هناك بعض الاجراءات لتأجير الارحام قد تتعثر نظرا لفشل العلاقة بين الآباء المستقبليين وبين الرحم المؤجرة

---

(١) DoeV.Kelley، 307 N.W.2d 438، 441 (mich. Ct. App. 1981)

(٢) in re Adoption of paul، 550 N.y.s.2d at 818

(٣) eisenstadt v.baird، 405 U.S.438، 453 (1972); see also Carey v. Population servs. Int'l، 431 U.S.678، 685 (1977).

(٤) DoeV.Kelley، 307 N.W.2d at 440; see also In re Adoption of Pual، 550 N.Y.S. at 818 (following the reasoning in Doe v.Kelley to find that "no constitutionally protected right to participate in surrogate parenting arrangements ... contravene[s] application of New York's adoption laws).

(٥) Syrkowski v. Appleyard، 362 N.W.2d 211، 213 (Mich. 1985).

(٦) ABA Model Act، Alterantive B، Article 7، ss 702.1، 703.3.3

كما فى Johnon V.   ومع ذلك فان النموذج الادارى قد ينجح فى حل النزاع القانونى الذى ينشأ بين كلا الطرفين عن طريق تضمين بنود تغطى حالات عدم الامتثال وآثره ايضا[1] ولو حدث وان خرق أجد الأطراف أو خالف تنفيد أحد بنود الاتفاق يحدث تدخل قضائى لتحديد البنوة والحضانة والزيارة.

أوضح النموذج الأدارى ان تحديد المحاكم للبنوة فى حالات الخلافات القضائية بخصوص قضايا تأجير الارحام سوف يعتمد فحسب على ادلة نوايا الاطراف جميعا[2].

و بالتالى فأن اعتماد هذا النموذج هو اعتماد ضمنى للنهج التعاقدى لكاليفورنيا لإتفاق تأجير الارحام المتنازع عليها والتى تحتوى بداخلها على تقرير موحد لتحديد الابوة وهذا النهج يعتمد اساس على الادراك بأن مصالح الأطفال، ولاسيما فى بداية حياتهم لابد وان لا تتعارض مع تلك التى للبالغين الذين يتولون رعايتهم وهم مسؤلون عن قرار مجيئهم لهذه الدنيا[3].

هذا النموذج يحل أيضا الثلاثة سيناريوهات المحتمل حدوثها فى حالة الخلاف على الابوة القانونية للطفل بحيث الاحتمال الأول ان ترفض الرحم المؤجرة انهاء حقوقها الوالدية وتطلب استعادة الطفل أو يرفض الآباء المستقبلين استقبال الطفل بعد الولادة او يحدث الموقف النادر بحيث لا يقبل كلاهما – الرحم المؤجرة والآباء المستقبليون – استقبال الطفل بعد ولادته[4].

أما ما يخص الحضانة والزيارات فان لها اعتبارات منفصلة والتى لابد وان تحدد على اساس كل حالة على حدة وتكون أساسا لأفضل مصلحة للطفل المولود.

فى ١٩٨٨ ، دعت محكمة نيو جيرسى للطفل المجلس التشريعى للبدأ فى التركيز على الآثارالمترتبة على التكنولوجيا الحيوية والانجابية الجديدة، ودعت

---

(١) 708،Id. at ss 707

(٢) .Id. at s 708.2

(٣) ..Id. at s 708.1

(٤) 783 (Cal. 1993).، 851 p.2d 776،johnson v. Calvert

أيضا الى تحديد كيفية الاستمتاع بمنافع التكنولوجيا وتقليل سوء الاستخدام على قدر المستطاع[1].

وانتفدت فى هذا الموضوع المجلس التشريعى لا من اجل حظر بل من أجل تقييد تأجير الأرحام ، و لكن مع إنشاء قانون تأجير الأرحام ووضعه بكامله ضمن القيود الدستورية[2].

وفى ٢٠٠٩ ، نوهت محكمة نيويورك لتأجير الارحام لحقيقة انه لا يوجد قوام محدد حتى الان عن تعريف الابوة والبنوة للمولود تعريف واضح وله شرعية قانونية وكيفية علاقة الاب والطفل وماهيتها فى المجتمع[3].

إن المشاكل التى وضحتها المحكمة كانت نتيجة للتكنولوجيا المساعدة على الانجاب وأيضا النظام القانونى الذى فشل بدوره فى توقع العلاقات التى قد تنتج من جراء استخدام هذه التكنولوجيا ، والدول أيضا المتطورة للقوانين والتشريعات حدددت ست علاقات هى الحماية المتساوية العادلة والإيمان الكامل والائتمان والنموذج الاتحادى للدفاع عن الزواج[4].

فى نفس الوقت إن منع أو تقييد تأجير الأرحام لن يكون رادعا لهؤلاء اللذين يحتاجون لتلك العملية من اجل الحصول على طفل، فالازواج والأفراد لن يتوقفوا عن البحث عن تلك العملية وعادة ما تكون بدون اى خلاف قانونى[5]، وكما هو موضح فالعودة الى نموذج قانون البنوة أو قانون التبنى لن تحل خلافات الابوة فى حالات الارحام المؤجرة، و المطلوب هو تطابق بين إنشاء وتنفيذ اتفاقيات تأجير الارحام حتى تضمن لذلك الطفل المولود حقه الشرعى الأبوى من العملية.

وأن الأهلية الصارمة والمبادئ التوجيهية الاجرائية للنموذج الادارى تضمن افضل فرص نجاح العملية بأكملها، بحيث ينشأ العقد أيضا تحت ركائز

---

(١) Id

(٢) 1264 (N.j.1988).،In re Baby M.537 A.2d 1227

(٣) Id.

(٤) 678(*N.Y.sur.ct. ، 879 N.Y.s.2d 677 ،in re adoption of Sebastian 2009).

(٥) Id

معتمدة على مفاهيم واضحة كما وضحت محكمة كاليفورنيا فى ان المرأة التى توافق على الإقدام على عملية تأجير رحمها ليست فى تجربة لحقها فى إنجاب اختيارى، و لكنها توافق بذلك على أن تمد وتقدم لغيرها خدمة ومعروفا مهما بدون أية احتمالات تراجع او استثناءات فى حصولها على حق بنوة المولود القادم.

[1] ولكن ممارسة الحقوق المستقبلية تكون فقط من حق الآباء المستقبليين، كما أن ممارسة الحق فى استعمال الجسد هو تماما مكفول لها عندما ترى نفسها لائقة لذلك، كلا الحقين[2]. يستحق ان يحفظ ويجنب بعيدا عن حراس القضاء.

تعليق الباحثة:

وانطلاقا مما سبق- نرى أنه- لا يمكن التحايل عن طريق تكييف نظام طفل التبني على نظام طفل الرحم المستأجر لمجرد إلحاق الأم البيولوجية بالطفل الناتج من ثمرة هذه العملية تحت مظلة نظام التبني لأن هناك تباين واختلاف بين النظامين، وانطلاقا مما سبق ذكره نرى أن المقنن الأمريكى ناقض نفسه عندما أخذ بواقعة الولادة كحقيقة أساسية لثبوت النسب جهة الأم، فى الوقت الذى منح فيه الأم البيولوجية بحق التبني؛ لأن الطفل المتبنى المفترض فيه ان يكون مجهول النسب اى الابوين.

والقصور فى تجاهل الحقائق القانونية الخاصة بثبوت نسب الطفل قانوناً لأمه التي ولدته ثم التمادي في وصف ما حدث بأنه تبنى كما قرره القانون. أضف إلى ذلك أن للتبني شروطاً وضوابط في القانون لابد أن تتوافر في كل حالة يراد بها تبني طفل متخلق بموجب اتفاق وفى رأينا – كان يفترض على القضاء رفض طلب التبني بنوعيه والاهتمام بتقنين وضع المرأتين بعد أتمام عملية الإنجاب حفاظا على مصلحة الطفل الناتج من ثمار هذه العمل.

---

(١) delair (citation omitted);/ surrogate parenting Assocs v. 214 (ky.1986).، 704 S.W.2d 209،Commonwealth

(٢) 787 (Cal. 1993).، 851 p.2d 776،Johnson v. Calvert

- **الموقف القضائي الفرنسي المؤيد للإنجاب بوسيلة إستخدام أرحام الغير:**

ونتيجة لكثرة عمليات تأجير الأرحام في مختلف أنحاء أوروبا وأمريكا اتخذت هذه الممارسات شكلا استثماريا ، وتراجعت المشاعر الإنسانية وحلت مكانها مصالح مادية لدى الفقيرات التى استعانت بأرحامهن كمصدر دخل دون النظر إلى ما تترتب عليه هذه الممارسات الشاذة من وجود علاقات من نوع غريب بين صاحبة الرحم المستأجر والزوجين أصحاب النطف مما يترتب عليه أنشاء علاقات قانونية لتنظيم تلك الاتفاقات القانونية التى تنتج عنها فى الغالب العديد من المشكلات القانونية المعقدة وانعكس ذلك بطبيعة الحال علي القضاء الذي أصبح في حيرة مما خلفته هذه الممارسات من ورائها[1].

ومن أمثلة تلك المنازعات التى قد تنشا بين الأطراف التنازع علي النسب بين الأطراف المتعاقدة فقد تتمسك صاحبة الرحم المستأجر بالطفل المولود وتريد نسبته إليه فتمتنع بذلك عن تنفيذ الالتزام بتسليمه بعد ولادته مباشرة كما أن الأم الجينية نظرا لأنها لم تلد هذا الطفل فأنها لابد وأن تلجأ للقضاء بطلب التبني له كي تلحقه بها ابنا بطريقة رسمية.

وهناك أمثلة أخرى لتلك المنازعات كما قد يمتنع في بعض الحالات الأبوان البيولوجيان للطفل عن تسلمه نتيجة عدم قدومه بالشكل الذي كان يتوقعانه أو يرغبانه كميلاده مشوها أو ناقص من الناحية الخلقية أو ليس جميلاً كما توقعا ومن ناحية أخرى.

فقد يحدث التنازع والخلاف حول تنفيذ بنود عقد إيجار الرحم فقد تمتنع المرأة التي ولدت عن تنفيذ التزامها بتسليم الطفل نتيجة امتناع الأبوين عن تسليم ما تبقي من المقابل المادي للعملية والذي قد يكون راجعا إلى عدم تنفيذ الحامل لبنود العقد خاصة الالتزام بالتعليمات المتعلقة بصحة الأم والمؤثرة علي صحة الجنين.

---

(١) Comite Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la sante. Avis sur les problemes ethiques nes des techniques de reproduction artificielle. Rapport. 23 octobre 1984 ، Aspects Juridiques de la maternite par substitution ،(c) 1999 ،

ففي دعوى عرضت علي المحكمة الابتدائية بباريس طلبت فيها زوجة الأب البيولوجي التبني الشامل للطفل الناتج عن استئجار رحم امرأة أمريكية الجنسية قضت المحكمة برفض طلب زوجة أب الطفل الذي لم يسجل باسمها وأنما سجل لأم مجهولة وأسست المحكمة حكمها علي ما في ذلك من مخالفة صريحة للنظام العام الفرنسي ومن التحايل علي قواعد القانون الدولي الخاص الذي يتمثل في طلب تبني طفل لأم أمريكية الجنسية بما يتعارض مع قواعد التبني الواردة في القانون الفرنسي

نرى أن التنازل عن الطفل بهذه الطريقة سوف يؤدي إلى إدراجه في مصاف الأشياء، فليس مقبولاً أن تتنازل الأم الحقيقية للطفل عن بنوتها له، كي تنقلها لأخرى مقابل قيمة مالية من دولة إلى دولة أخرى[1]. استأنفت زوجة الأب البيولوجي للطفل هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس التي اتسم حكمها بالشمولية تجاه مسألة تأجير الأرحام[2]، فوضعت لها من الأسس والمبادئ التي يمكن أن تكون قاعدة يرتكز عليها لإطلاق إجازتها بقيود بسيطة فلو كان مقدراً لوسيلة الرحم المستأجر أن يعترف بها المشرع الفرنسي في قانون ١٩٩٤م الخاص بالإنجاب الصناعي لكانت الحجج الواردة في حكم محكمة استئناف باريس السابق والصادر في ١٥ يونيو ١٩٩٠م هي المعول عليها في نظر المشرع بإجازة هذا النظام الإنجابي.

ويمكن لنا تلخيص الأسانيد التي اعتمدت عليها المحكمة السابقة في الحكم السابق في المسائل الآتية:

---

(١) رفضت المحكمة طلب الزوجة البيولوجية في ١٢ يوليه ١٩٨٩ وقد سبق لهذين الزوجان الحصول علي ابن سابق من هذا الطريق وعن طريق ذات الوسيط ومن نفس الأم الحامل سنة ١٩٨٤ وحصلا بالفعل علي التبني الكامل لهذا الابن مما دفعهم من منطلق الرغبة في إلا يكون الطفل وحيد دون أخ، علي إجراء هذه الوسيلة مرة أخرى. جريدة القانون الدولي رقم ١٩٩٠٤، مشار إليه في د/ رضا عبد الحليم، المرجع السابق، ص ٣٨٠.

Edelman (B) not sous: C.،A de paris. 15 juin 1990 "J.C.P 1991 – II- 21633. P. 1070.

(٢) لعرض المزيد من الاسانيد، راجع د/ طارق ابو حوه المرجع السابق ص ٢٢٣

١ـ الحق الطبيعي فى الإنجاب حق مشروع:

فالإنجاب بوسيلة الأرحام المستأجرة– في نظر المحكمة – هي إحدى الطرق المشروعة للحصول علي الذرية فمن ناحية فليس فيها تغيير لحالة الطفل المدنية لأن تبني الأم زوجة الأب البيولوجي للطفل جاء بعد تنازل الأم الطبيعية عن كافة حقوقها القانونية الواردة علي الطفل كما أن هذا التنازل صدر وتم بعد عملية الولادة وليس قبلها وبإقرار التبني الشامل تستقر الحالة المدنية الجديدة للطفل مع أمه التي تبنته لاسيما وأن هذه الأم هي زوجة أبيه الجيني الحقيقي مما يساعد علي ثبات حالة الطفل المدنية التي تؤثر ولاشك علي استقرار حالته النفسية والاجتماعية. لا يمكن مصادرة حق الأفراد في تكوين الأسرة الطبيعية التي يحلم بها كل شخص ولا يجوز منع الأفراد ممارسة حقوقهم الطبيعية بدعوى مخالفة ذلك للنظام العام الفرنسي واستناداً إلى كون وسيلة الإنجاب باستئجار الأرحام تؤدي إلى المساس بحالة الأفراد بنقل أنسابهم لآخرين وتغيير أسمائهم وما يترتب علي ذلك من الآثار.

٢ـ الأمومة بالإنابة لا تتعارض مع مبدأ حرمة الجسد الإنساني ولا تجعل الطفل في عداد الأشياء:

فليس في استئجار الأرحام مساس بحرمة جسد الأم الحامل وليس فيها ما يندرج به الطفل في عداد الأشياء ويقطع بانتفاء ما سبق من ادعاءات تهدف إثبات عدم مشروعية الوسيلة الاتفاق المشروع الذي يرمي إلي إيلاج الذرية وتكوين أسرة وهو من الحقوق الطبيعية كما ذكرنا، كما أنه بموجب ما صدر من تشريعات أجازت نقل وزراعة الأعضاء فأن جميع الاتفاقات التي يكون محلها جسم الإنسان تصبح في ضوء ذلك مشروعة مادام أن ممارستها لا يكون لأهداف تجارية بل لدواعي إنسانية وبعقود تبرعية.

٣ـ لا يجوز الاحتجاج بمخالفة التنازل عن الطفل فى النظام العام للقانون الفرنسي لأن القانون الأمريكي يجيز ذلك:

فإذا كان النظام العام في القانون الفرنسي يتعارض مع التنازل الصادرمن الأم الحامل إلى المرأة الطالبة للتبني، فأن ذلك يمكن تجاوزه لما سبق من اعتبار التوالد حقا طبيعياً لا يجوز تجاهله خصوصاً أن التشريع الأمريكي في الولاية التي

تم فيها الاتفاق علي بنود الحمل بالإنابة يسمح بإجراء هذا التنازل عن المواليد من الأم الحقيقية لغيرها، لذا فقد لزم في ضوء ما سبق إهمال فكرة النظام العام الفرنسي عن طريق التخفيف من حدتها إزاء هذه الحالة القانونية التي نشأت في أحضان القانون الأمريكي الذي يجيزها ويقتصر الأمر في ظل القانون الفرنسي علي ترتيب الآثار تلك الحالة القانونية السابقة، وفي ذات التوجه القضائي السابق إلى مد نطاق تسلط الأفراد علي أجسامهم بالاتفاق علي وسيلة الحمل البديل ذهبت بعض المحاكم في أمريكا[1] إلى القضاء بأحقية الأم البيولوجية في ضم الطفل الناتج عن عملية حمل لحساب الغير مغلبة بذلك الاعتبار البيولوجي علي علاقة الحمل والوضع بين الأم والجنين واعتمادا علي مشروعية الأعمال الهادفة إلي تحقيق الحمل بين زوجين مهما كانت الوسيلة المتبعة في تحقيق هذه الغاية السامية التي لا يعلوها غاية في مجال الحياة الأسرية والاجتماعية.

تقدير هذا الاتجاه القضائي:

- مخالفة الأسانيد المبنى عليها الحكم لنصوص القانون الفرنسي:

نرى أن هذا الاتجاه قد جانبه الصواب بمخالفته لنصوص القانون الفرنسي على النحو التالى :

نص القانون المدني الفرنسي الخاص باحترام جسم الإنسان الصادر في ١٩٩٤/٧/٢٩م علي مبدأ حرمة الجسم البشري فجاء في المادة (١/١٦) أن لكل فرد حق في احترام جسمه ولجسم الإنسان حرمة كما أن الجسم البشري وعناصره لا يمكن أن تكون محلا لحق مالي فهذه المادة تعتبر عبثا حقيقيا عن فلسفة المشرع الفرنسي التي ترمي إلي منع كل تعد علي كرامة الإنسان وضمان أحترام الكائن البشري من لحظة ميلاده[2].

هذا النص يناقض المبدأ الذى اعتمدت عليه المحكمة فى حكمها السابق من حيث الأمومة بالإنابة لا تتعارض مع مبدأ حرمة الجسد الإنساني ولا تجعل

---

(١) J.R Devichi J.R Devichi، Op. Cit، p.1510.

(٢) ، J.C.P،H. BYK: La loi relative au respect du corps humainmm p. 3788، no. 39،Ed. (1994) G

الطفل في عداد الأشياء اغفل هذا الاتجاه فى إفساد معنى الأمومة كما فطرها الله فى الوقت الذى استغل البعض بصورة استثمارية مما يناقض معنى الأمومة التي عظمتها الشرائع وناطت بها أحكاما وحقوقا عديدة، وذلك لا يكون من مجرد بويضة أفرزها مبيض امرأة ولقحها حيوان منوي من رجل وأنما تتكون من شئ آخر بعد ذلك هو: الوحم والغثيان والوهن طوال مدة الحمل.. هو التوتر، والألام والطلق عند الولادة.. وبعد الولادة تتولد مشاعرواحساس تربط بين الأم والمولود وتكون بمثابة لاسلكي يتم البث من خلاله بمتطلبات المولود التى يحتاجها من الأم التى ولدته ولو علمت الأم البيولوجية قبل الشروع فى هذه العملية بأن المولود المنتظر سوف تولد معه هذه المشاعر المقترنة بجسده تجاه الرحم المستأجر المتمثل فى الجسد الذى يحمله لما أقبلت على هذه العملية.

كما أن اللجوء إلى مثل هذه الوسيلة سوف يؤدي إلي تشتيت المشاعر عند الطفل بعد الإنجاب هل سيكون ولاؤه لصاحبة البويضة أو للتي حملته وأرضعته من ثدييها؟ مما قد يعرضه لهزة نفسية عنيفة إذ أنه لن يعرف إلى من ينتمي بالضبط أمه البيولوجية أم أمه بالرحم والإرضاع إذا كمل معها رحلة الإرضاع من ثدييها؟

- التباين بين مصالح الطفل بالتبني والطفل بالرحم المستأجر:

أغفل هذا الاتجاه النصوص القانونية المتعلقة بالنسب وبشروط تبنى الطفل وهى أن يكون الطفل عند تبنيه مفتقدا لأبويه البيولوجيين، أى أننا نكون أمام حالة اجتماعية وجدت بالفعل متمثلة فى الطفل اليتيم وهذا بعكس الطفل الناتج من عملية الرحم المستأجر فالحالة الأولى فى الغالب لن يتولد عنها مشاكل من جهة الأسرة المتبنية للطفل اليتيم لعدم وجود أبوين له بالفعل أما الطفل الناتج من علاقة الرحم المستأجر والأبوين البيلوجين[1] سوف يتولد فى الغالب عنها النزاعات التى قد تكون خاصة بالعقد أحيانا بالتسليم الطفل بعد الولادة.

(١) J.R Devich، "les preuves scientifiques et le contentieux de la filiation" Rev. trim.dr.civ، 1983، p. 723. ،.

وكذلك أغفل هذا الاتجاه نصوص القانون المتعلقة بالتبني عندما اقترن بين تأييد الأمومة بالرحم على تأييد المشرع الفرنسي لنظام التبني تعويض الطفل الذي حرم من أبويه بأسرة تتبناه وما قصده المشرع الفرنسي، مما سبق يتحقق بنفس القدر في حالة الأمومة البديلة وذلك بمنح طفل الرحم المستأجر للأم الجينية.

- الموقف القضائي الفرنسي المعارض للإنجاب بوسيلة استخدام الرحم لصالح الغير:

بعد عرضنا للرأي القضائى المؤيد للوسيلة موضوع الكتاب ونتيجة لزيادة المشاكل والمنازعات الناتجة من جراء ذلك صار هناك صراعات بين الطوائف الاجتماعية والدينية وبات متوقعاً اتجاه القضاء الذي يدعمه موقف الفقه لرفض هذه الحلول الإيجابية للعقم المتعارضة بشدة مع نصوص القانون ومبادئ حرمة جسد الإنسان

وسنقوم بعرض لبيان الحجج القانونية التي اعتمد عليها المعارضون من الفقه والقضاء الفرنسي لوسيلة استئجار الأرحام.

كما أن من الدوافع الجوهرية لهذا القضاء المؤيد وكما تصورها ونراها، كما يراها البعض في ذلك هي مصلحة الطفل المتولد بتلك الطريقة في أن يحيا في ظلال أبويه الجينيين فيجب الاعتراف بأن الأم صاحبة البويضة هي الأم الحقيقية للطفل وأمام هذه الحقيقة البيولوجية الجلية تبرز الحالة المدنية للطفل بعناصرها المختلفة قائمة علي أساس ثابت من العلم والقانون بما يترتب علي ذلك من وجوب الأخذ بعناصرها العلاقة بينها وبينه لتكون هي عناصر حالته المدنية التي تستمر معه طيلة حياته؛ لأن الحقائق البيولوجية لا تتغير بتغير الزمان أو بتبديل المكان.

استناد الأتجاه المعارض لتلك التقنية على السوابق القضائية:

وفي ظل احتياج الأمر إلى دعوى مستقلة يناقش فيها أمر المشروعية فقد حدث ذلك بالفعل ليتسنى للقضاء دراسة هذا الأمر بصفة مستقلة ففي ظل كثرة الجمعيات المنظمة لنشاط العمل لحساب الغير وتزاد عددها في فترة وجيزة تم التفكير في أنشاء جمعية جديدة يكون الهدف منها ليس ممارسة نشاط الحمل بالإنابة فحسب بل يمتد نشاطها إلى تنظيم هذا النشاط الإنجاب ي بين الجمعيات

القائمة علي ممارسته خاصة التوفيق بين المصالح المتعارضة والناتجة من تبني طوائف من هذه المؤسسات فكرة الدفاع عن مصالح الحوامل بالإنابة واتجاه الآخر منها للدفاع عن مصالح الزوجين الراغبين في الحمل بهذه الطريقة.

وبالفعل قد أنشئت هذه الجمعية في مارسيليا عام ١٩٨٥م معلنة عن نشاطها السابق الذي يعد أساس إشهارها والذي يتمثل في التوفيق بين الأمهات الراغبات في الحمل البديل والزوجات المصابات بالعقم[١]. لكن هذه الجمعية أرادت لحسم مشكلة اختلاف قيمة المقابل المادي للمرأة الحامل بين الجمعيات المنظمة لهذا النشاط وفي الأوساط التي يمارس فيها أن تحدد قيمة مالية ثابتة له تضمن التوازن بين الإمكانيات المادية للأفراد في المجتمع الفرنسي وبين التكلفة الفعلية لمشروع الحمل البديل مضافاً إليها المقابل الخفي الذي تحصل عليه الحامل والذي يمثل الدافع الأساسي لها كي تؤدي مهمتها الإنجابية وأعلنت هذه الجمعية بذلك أن هذا المقابل يتحدد جزافيا بمبلغ ما بين ٥٠ إلى ٦٠ ألف فرنك فرنسي للمرة الواحدة من حالات الحمل بالإنابة وخوفاً من الانتقادات القانونية أو الأخلاقية التي يمكن أن تنال الإعلان عن المقابل المادي بهذه الكيفية وصفته جمعية مرسيليا بكونه مكافأة جزافية للحامل مقابل الخدمة الإنسانية الجليلة التي قامت بها من مساعدة أسرة عقيمة[٢].

في غضون ذلك لم يقتنع النائب العام بما أعلن من الجمعية لما رأي فيه مخالفة شديدة لمواد ١١٢٨، ٢/٣٧٦، ٩/٣١١ من القانون المدني الفرنسي، والمادة ١/٣٥٣ من القانون العقوبات الفرنسي لذا فقد حرك ضدها دعوى كانت من نصيب محكمة مرسيليا يطلب فيها حل نشاطها لما سبق من مواد[٣] ويعرض لنا بعضا من الفقه هذه المخالفات القانونية بشقيها المدني والجنائي مع توضيح وجهة نظر كل من النائب العام وجمعية الحمل البديل بمرسيليا وكذلك الفقه

---

(١) Michele Harichaux ،"L'assurance maternite et le maternite par substitution" RTDSS 1985. P554.

(٢) د/ رضا عبد الحليم، المرجع السابق، ص ٣٨٨.

(٣) أنظر حكم محكمة مرسيليا الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٨٨م، مجلة جازيت دي بالية، ٣٠ يناير ١٩٩٨م، ص ٩٦. وقد أيد الحكم في الاستئناف بتاريخ ٢٩ أبريل ١٩٩٨ م، الأسبوع القانوني، ١٩٨٩م، ٢، رقم ٢١١٩١، تعليق : Pedorot.

الفرنسي الرافض لهذه الوسيلة ليتبين لنا من كل ما سبق مدى التوفيق الذي نال قضاء محكمة مرسيليا في حكمها بحل هذه الجمعية لما في نشاطها من مخالفة الآداب العامة والقوانين المدنية والجنائية وكذلك قضاء بعض المحاكم الأخرى التي قضت بعدم مشروعية حمل الغير والذي تم تأييده من محكمة النقض الفرنسية بعد ذلك وذلك دون الإسهاب في تناول هذا الأمر منعاً للتكراروالإطالة كالآتي:

١- مخالفة المادة ١١٢٨ م.ف والمتعلقة بحظر التصرف في الجسد الإنساني لكونه يقع خارج دائرة المعاملات القانونية:

أستند النائب العام إلي هذه المادة لإبطال نشاط الأمومة بالإنابة إذ أن وضع جسد الحامل تحت تصرف الزوجين والتزام الحامل بالإنابة بتسليم الطفل مقابل مبالغ مالية متفق عليها مقدما فذلك كله يجعل من جسد الحامل والطفل محلا للتصرفات القانونية ويلقي بهما في نطاق دائرة المعاملات القانونية والمالية ويظهر ذلك بجلاء من المقابل المادي المعروض مقدماً لإتمام العملية مما يعد مخالفة صريحة لنص المادة السابقة والتي تنأى بالجسد الإنساني عن الدخول في دائرة التجارة القانونية.

بينما ذهبت جمعية مرسيليا إلى أنه ليس هناك في وسيلة الأمومة بالإنابة أي مخالفة للمادة ١١٢٨ م.ف فهذا العمل الإنساني المقدم من المرأة الحامل عن غيرها العقيم لا يمكن بأي حال وصفه بأنه نوع من التصرف في الجسد أو التصرف في الطفل يجعلهما يدخلان في نطاق المعاملات القانونية لأن القانون نفسه وبدافع النبل والإنسانية سمح بالتصرف الصريح في أعضاء جسد الإنسان ونتاجاته كالدم الإنساني وأمتد الأمر إلي السماح بتداول النطف الإنسانية دون معارضة أي جهة ، فلم الاعتراض علي الانتفاع بالرحم البديل فترة من الزمان هي مدة الحمل والسماح بشكل مطلق بنزع الأعضاء الآدمية من المتبرع طيلة حياته رغم أن كل من الأعمال السابقة تشترك في صفة الطابع الإنساني لإجرائها ، كما أنه لم يقل أحد في ذات الوقت بحظر نقل الأعضاء لمساسها بحرمة جسد الإنسان ، فلماذا إذا وصف الحمل بالإنابة بأوصاف لم تطلق علي غيره من التداخلات الأكثر خطراً والأعمق أثراً علي المساس بجسم الإنسان.

طعنت جمعية مرسيليا بطريق النقض علي حكم محكمة مرسيليا الذي قضى بحلها لبطلان نشاطها واجهت محكمة النقض أسباب الطعن المتعلقة بقصور الحكم في التسبب فيما يتعلق ببيان أوجه مخالفة نشاط الجمعية للنظام والآداب مكررة ما سبق من مخالفة نشاط هذه الجمعية للمادة ١١٢٨ م.ف، لأن المهام التي حملتها الجمعية علي كاهلها تجعل من الإمكانيات الإنجابية للمرأة الحامل بالإنابة ومن الطفل المتولد من جراء الاتفاق علي الحمل فيه من الغير نوعا من الأشياء الموضوعة تحت تصرف الآخرين مقابل مبالغ مالية، وهذا لاشك يصور العملية بأسرها بأنها من المسائل الداخلة في نطاق المعاملات القانونية التجارية مما يعد مساسا بجسم الحاملة، وتصوير للطفل علي نحو يتعارض بجلاء مع المادة السابقة[1].

٢- مخالفة المادة ٩/٣١١ م.ف والمتعلقة بحظر التصرف في حالة الأشخاص :

اعتمد النائب العام على مخالفة تلك الجمعيات لنشاطها المتمثل في الأمومة بالإنابة لنص المادة ٩/٣١١ م.ف والتي تحظر عدم التنازل عن دعاوى الحالة والبنوة ؛ لذا فأنه تقع باطلة كافة الاتفاقات المؤدية إلي التنازل عن الدعاوى الخاصة بالنسب والبنوة سواء المتعلقة بإثباته أو بنفيه، ويشمل ذلك ولاشك اتفاقات الحمل البديل التي تتنازل الأم الحامل بموجبها مقدما عن وليدها وقبل ميلاده. بينما دفعت جمعية مرسيليا هذه الحجة بأن الأم بالإنابة لا تقدم إلا مساعدة إنسانية للأسرة العقيم، هذه المساعدة تبدأ بالحمل وتنتهي بالولادة كأمر بديهي لنوع المساعدة التي تقدمها، وهي لا توقع من منطلق ذلك علي أي التزامات أو تعهدات قانونية تلتزم فيها بالتنازل مقدماً عن بنوة ونسب الطفل بل ولم يخطر ببالها مطلقا التمسك بهذا الطفل ؛ لأنها تعرف جيدا أنه ليس بولدها وأنما تقتصر علاقتها بالأم الجينية علي هبتها هذا الحمل دون التطلع إلي التمسك بالطفل فكيف إذا تتنازل عما هو ليس من حقها في الأصل. وحين طعن بالنقض أيدت محكمة النقض حكم محكمة مرسيليا لما في الأمومة بالإنابة من الاتفاق الذي

(١) Seriaux (Alain) – "note sous la cour de cassation 13 dec 1989، J.C.P، 1990، 21526.

يهدف إلى تغيير حالة الطفل المدنية مقدما، وذلك عن طريق نسبته إلي غير أمه والاتفاق علي ذلك مقدما يعني التنازل كذلك مقدماً عن دعاوى الحالة المتعلقة ببنوة هذا الطفل من الأم البديلة للزوجين اللذين فرضا عليها ذلك ويعد ما سبق تعارضاً صارخاً مع المادة ٩/٣١١ م.ف[1].

٢ـ مخالفة المواد القانونية المتعلقة بقواعد وأوضاع التبني بهدف التحايل لإلحاق الطفل للزوجين بموجب هذه القواعد:

ذهب النائب العام إلى أن نظام الأمومة بالنيابة يهدف إلى التحايل الصادر من جميع الأطراف، بهدف إلحاق بنوة الطفل للزوجين بموجب قواعد التبني التي يختلف الأمر فيها عن الأمومة البديلة، فالتبني يفترض عدم المعرفة المطلقة للأفراد الذين ينتسب اليهم الطفل المرغوب تبنيه، لكن في الأمومة بالإنابة يعلم جميع الأطراف من هي الأم التي حملت في الطفل ورغم ذلك تقدم الأم الجينية علي تقديم طلب قضائي لضم الطفل إليها عن طريق تبنيها له، وهذا من قبيل التحايل الصريح علي القواعد الأساسية لنظام التبني. وحتي لو لم يتم معرفة الأم البديلة نظرا لاختفائها أو إخفائها، فذلك لا يقل عما سبق في اعتبار هذه الطريقة الإنجابية ضرباً من ضروب التحايل وطريقة للالتفاف حول قوانين وقواعد التبني؛ بهدف إلحاق طفل لغير أمه دون مراعاة لقواعد القانون ودون اعتبار لغاياته التي يبتغيها[2].

أما جمعية مرسيليا فقد استندت في نفي التحايل الثابت علي نشاطها في الإنابة بالحمل إلي القواعد المتبعة في بنوك النطف والبويضات والتي لا يوجد في الأوساط القانونية أو الاجتماعية الآن من يرفضها إلا القليل والثابت في تعاملات هذه البنوك أن حالة العقم التي تستعين بعينة منوية لإتمام الحمل من خلال هذه البنوك لا يجوز لأطرافها العقيم والمتبرع أن يبحثوا عن البنوة الحقيقية للطفل يستوي في ذلك حالة التبرع بعينة منوية أو ببويضة. فمما يفرضه البنك علي الراغبين في الحصول علي عينة وراثية منه وكذلك الراغبين في التبرع بموادهم

(١) Seriaux (Alain), OP. Cit, p.21526.

(٢) أنظر حكم محكمة مرسيليا الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٨٨م، مجلة جازيت دي بالية، ٣٠ يناير ١٩٩٨م، ص ٩٧.

الوراثية لدوافع إنسانية الالتزام الواجب علي كل أولئك بعدم التعرض لبعضهم البعض في مسألة البنوة والنسب.

فلماذا لا يعد الاتفاق المبرم بين المركز والمتبرع بإيداع الأخير نطفة لدى الأول ؛ كي يعيد المركز التنازل عنها لعقيم بموجب أتفاق آخر لما لا تعد كافة هذه الاتفاقات باطلة نظرا لتحايلها علي قواعد البنوة بإلحاق طفل لغير أبيه أو أمه أو لكونها تخالف المواد القانونية التي تحظر تغيير حالة الطفل المدنية أو تلك التي تحظر التنازل مقدما عن الدعاوى المتعلقة بالحالة والبنوة والنسب. أليس كل ما سبق من مخالفات متوفر بنفس القدر في الاتفاقات المنصبة علي المواد الوراثية بهدف الحصول علي ولد لن ينسب لأبويه الحقيقيين رغم أن الغاية من السماح من جانب السلطات الفرنسية لهذه المراكز كي تباشر نشاطها السابق هي ذات الغاية التي يهدف إليها نظام الحمل البديل وهي مساعدة أسرة علي الإنجاب فلماذا إذا الاعتراض فقط علي الأمومة بالإنابة؟

وقد أقرت محكمة النقض حجة ٦/٤٠١ ، العام ومن بعده استناد محكمة مرسيليا إلي التحايل علي قواعد التبني وذكرت في سبيل تأييد ذلك بطلان الأمومة بالإنابة لكون هذا النظام يؤدي إلى خلق حالة تبني وتصويرها بشكل إرادي يخالف الحقيقة الواضحة المتجسدة في أمومة الحامل عن غيرها ، وإلحاق الطفل لأمه البيولوجية التي لا تظهر إلي الواقع إلا بعد الميلاد مطالبة بتبني الطفل الذي تعرف عن حقيقة ميلاده كل شئ فهذا النظام الإنجاب ي يعتبر بذلك من قبيل الاتفاق علي تبني الطفل مستقبلا وقبل ميلاده أي تعمد إيلاج طفل ويتر العلاقة بينه وبين أمه منذ لحظة ميلاده مما يعتبر شكلا من أشكال التحايل غير الأخلاقي الذي يخالف بشدة النظام القانوني للتبني.

٤ ـ مخالفة هذا النظام للمواد: ٦/٤٠، ١/١٠٠، ١/٣٣٤، ٦، ٤/٣٤٥، ١/٣٥٣ من قانون العقوبات الفرنسي:

وقد استند النائب العام إلي واحدة من المواد السابقة وهي المادة ١/٣٥٣ ع.ف خاصة الحالة الثانية منها ، والتي تجرم النشاط الذي يذهب فيه الجاني إلي الحصول علي موافقة الوالدين أو أحدهما المسبقة بالتنازل عن الطفل الذي سيولد ، كما أن حالتي التجريم الأخريين يمكن أن تنطقا علي هذا النشاط وهما

التحريض للوالدين أو أحدهما علي التنازل عن طفليهما علي نشاط الحمل بالإنابة الذي تقوم الجمعيات القائمة علي ممارسته بالحصول علي الموافقة الكتابية للمرأة علي إتيان فعل التنازل، وذلك بإغرائها بالمقابل المادي لحملها وتنازلها عن الطفل وأخيراً فأن في نشاط الجمعية نوعا من التوسط لتبني طفل؛ لأن المقصود من كافة هذه الاتفاقات هو الالتفاف حول أحكام قانون التبني لأن اتفاق الحمل بالإنابة هو كما ذكرنا تعمد توليد طفل بقصد تبنيه أو أنه اتفاق علي تبني سابق علي الميلاد.

وقد واجهت جمعية مرسيليا هذا الاتهام بقولها أنه لا توجد أية موافقة كتابية تؤخذ علي الحامل بالإنابة يقصد منها التنازل عن الطفل بل أنه عمل أنساني تقوم به وهي تعلم تماما بأن الطفل المتولد ليس بوليدها فلماذا توقع علي التزامها بالتنازل عن طفل وهو ليس طفلها في الأصل.

وبالفعل كان ذلك هو مسلك واتجاه بعض المحاكم فعلى سبيل المثال قضت محكمة استئناف (Pau)[1] بتأييد الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية برفض طلب الطبي الكامل لزوجين سلكا سلوك الإنجاب بنظام الأم البديلة حيث قررت محكمة الاستئناف في بداية حكمها بطلان الاتفاق الذي يمسى الأمومة بالإنابة لكن بالنظر إلي جسامة الأضرار التي سوف تقع علي الطفل قضت المحكمة بترتيب آثار هذا الاتفاق من حيث الموافقة علي تبني الطفل من زوجة أبيه رغم الاعتراف السابق ببطلان هذه الاتفاقات بشكل مطلق. وقد سلكت محكمة النقض مسلكا موحداً تجاه هذه الوسيلة، ففضلاً عن تأييدها لحكم محكمة مرسيليا القاضي بحل جمعيات ومكاتب الوساطة للحمل البديل وإبطال هذا النشاط غير المشروع علي المستوى المدني والجنائي فأنها قد رددت نفس الحجج وسلكت نفس المسلك حينما طعن أمامها في الأحكام الصادرة بالتبني والرافضة له وكذلك الأحكام الرافضة للأمومة البديلة والأحكام المؤيدة لها، ففي كل ما سبق من أحكام واتجاهات قضائية اتخذت محكمة النقض وجهة واحدة هي إقرار عدم

---

(١) C.A،de PAU، 19 fer، 1991-11-P.980،not: virginie la Briban. larnayre.

مشروعية هذا النظام الإنجابي غير الأخلاقي مع تأييد الحكم بالتبني أو إلغائه، بالنظر إلى توفر مصالح الطفل من عدمها مع دراسة كل حالة علي حده[1].

رأى الباحثة :

بداية نحن نؤيد الرأي المعارض لهذه التقنية كما أننا نرى - أن هناك فرقا بين أعضاء جسم الإنسان المقصود التبرع بها والتى سمح القانون بتداولها وبين منتجات الجسد الإنجابية كما ادعت جمعية مرسيليا كما أننا نرى - أن المشرع الفرنسي جانبه الصواب عندما اغفل فى إسدال وصف قانوني على المنتجات التناسلية، مما جعلها تتساوى فى الوصف مع باقي منتجات الجسد الإنساني[2].

وردا منا - على موقف جمعية مرسيليا بشأن تحديد الاصل الجينى الابن الناتج من الرحم المستأجر فعلى أى أساس حددت أن الابن الناتج من جراء عملية استئجار الرحم ليس ابنا لصاحبة الرحم، حتى الآن يوجد تضارب فى آراءالعلماء حول مسألة انتقال مورثات من عدمه إلى الطفل المتخلق جراء هذه العملية هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تبرر جمعية مرسيليا بأن هذه العملية تتم بدافع المساعدة للأسر العقيمة نرى أن هذا الكلام غير منطقي من المرأة التى تعرض نفسها لمثل هذه العملية، وربما تؤدى بحياتها للخطر مقابل عمل أنساني، فهذا كلام غير مطابق للواقع الذى نعيش فيه، لأن الدافع الوحيد للجوء المرأة لإيجار رحمها هو المقابل المادي الذى يدفع بها إلى بيع ما بداخل أحشائها.

كما نرى أن المشرع الفرنسي جانبه الصواب عندما سمح للمرأة التى تريد استعارة نطف منوية من بنوك النطف والأجنة لتخصيب نفسها لرغبتها فى الإنجاب، وناقض نفسه فى الوقت الذى أبطل فيه تصرف المرأة التى تستعين رحما للايجارمن امرأة أخرى للحمل نيابة عنها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نجد مبرر جمعية مرسيليا مقبولا عندما تعللت بلمبإذا الحظر والمنع من مباشرة عمليات الإنجاب باستخدام الأرحام المستأجرة وعدم المعارضة عند

---

(١) Terre' (F):- "note sous la cour de cassation، 31 mai 1991"، J.C.P،1991،2،21752.

(٢) Seriaux (Alain)، OP. Cit، p.21526.

الخضوع للقواعد المتبعة في بنوك النطف والبويضات والتي لا يوجد في الأوساط القانونية أو الاجتماعية الآن من يرفضها إلا القليل.

أى أنه نرى من وجهة نظرنا بالنسبة إلى الشق الأول أن المشرع عندما عارض فكرة الإنجاب عن طريق الاستعانة باستئجار أرحام وضع هذه المعارضة أو الحظر فى قالب مرن، يمكن أن يتشكل ويتبلور ويخرج منه استثناءات لأهواء الغير.

وهذا من وجهة نظرنا لن يؤدى إلى النتيجة المرجوة بل على العكس سوف تزيد المنازعات القضائية بشأن هذه العملية لاقتصار المشرع على بطلان الحمل بطريق الإنابة فقد بل كان يجب عليه تعميم جميع الطرق التى يستعين فيها بالغير سواء أكان الغير ممثلا فى صورة رحم مستأجر أو نطف أدمية ، وأيضاً لعدم وجود قواعد صارمة جزائية وتقنين جنائي من خلال نص قانوني يجرم هذه الوسائل بالنسبة للإفراد هذا بالإضافة إلى وضع تعويضات فى صورة غر أمات على جميع الجمعيات ومكاتب الوساطة التى تدير وتسهل مثل هذه العمليات بشرط أن يصل تقدير هذه الغرمات المالية إلى ما تكسبه هذه الجمعية خلال عشرون عام تقريبا وبهذا تكون عقوبة رادعة ويضمن المشرع عدم لجوء الأفراد لمثل هذه العمليات وذلك بتضيق المنافذ التى يلجأ من خلالها إلى تلك الوسائل.

وجدنا أنه يؤخذ على القانون الفرنسي حيث إنه اقتصر أفعال التجريم على شركات ومؤسسات الوساطة دون أطراف العلاقة مما يجعله حل المشكلة سطحيا ويمكن أن يباشر فى الخفاء، لأن دور هذه المؤسسات ينحصر فى تقابل الأطراف ببعضهم وهذا الدور يمكن الاستغناء عنه.

فالحل البديل الذى نوصى به المشرع الفرنسي توحيد التقنينات التى تجرم هذه الوسيلة الرامية التى تؤدى إلى الإنجاب ذو الثمرة المشتتة مثلها كمثل ثمرة مهجنه احتار الفرد فى معرفة هويتها أو اسمها بنص قانوني رادع حتى لا يدعى البعض كجمعية مرسيليا وادعاها السابق ذكره فى شأن معارض القضاء ممارسة الإنابة فى الحمل، ولم يعارض الإنابة فى استخدام النطف الموضوعة فى بنوك لا يعرف هوية أصحابها بل ومحظور متابعة معرفة الأصل الجينى للعينة لذلك.

الفصل الثالث
حكم نقل عضو الرحم

تمهيد:

لا شك فى أن حق الإنسان في حماية جسده[١] من الحقوق المعمول بها في قواعد الأخلاق والدين والقانون.. فهل يحق له السماح لغيره بالنقل او الانتفاع بجسده او بعضو من اعضائه كالرحم مثلا سواء ان كان هذا بالتبرع او بالمعاوضة

وبناء على اتفاق فقهاء القانون على مبدأ معصومية الجسد الإنساني وخروجه عن دائرة التعامل بالتالي لا يصلح بأن يكون الجسد الإنساني محلا للعقود والاتفاقات لذلك أضفى القانون الحماية على جسد الإنسان ضد أى عمل من شأنه المساس بهذا الحق. ولكن هناك بعض الاستثناءات، وذلك حفاظا على المصلحة العامة[٢].

بالرغم من أن مبدأ حرمة جسم الإنسان ليس مطلقا، إلا أن ذلك لا يرجع إلى أن الفرد يجوز له التخلي عنه بموافقته للعمل غير المشروع. فالقدرة على اتخاذ قرار الموافقة هي الأخرى مقيدة. لذلك كانت قدرة الإنسان على التصرف في جسده وما زالت وفقا للقوانين الحالية مقيدة إلى أبعد مدى فلا عبرة برضا صاحب الشأن بالأفعال التي من شأنها المساس بحرمة الجسم وسلامته إلا إذا

---

(١) ويذكر استاذنا الدكتور/ محمد حسين منصور فى النظرية الحديثة للفقيه دابان لتعريف الحق .. الحق هو استئثار يثبت للشخص على قيمة معينة على سبيل التخصيص والانفراد " ويقصد بالاستئثار اختصاص شخص بمال أو قيمة معينة، والاستئثار يحقق المصلحة المقصودة وليس المصلحة ذاتها كما يقول سيادته أن المصلحة هى هدف الحق وليست هي الحق ذاته، كما أنه لا يوجد ارتباطا بين الاستئثار بالقيمة وبين الانتفاع بها، وهناك عنصر التسلط وهو نتيجة ملازمة للاستئثار ويقصد بالتسلط ما يكون لصاحب الحق من سلطة، تطبيقا لما سبق يمكن تعريف الحق فى المساس بالسلامة الجسدية على أنه: -
استئثار الشخص بحظر المساس بسلامة الجسد سواء بإرادتة المنفردة أو للغير حتى يتمكن من الانتفاع بتكاملة الجسدي الذى خوله له الله وهو صاحب الحق كي يظل مؤديا لوظائفة الطبيعية فى ظل الحماية القانونية.

(٢) حيث يصرح القانون في بعض الأحيان بإمكانية المساس بسلامة جسم الشخص دون توقف على رضا صاحب الشأن لأسباب تقتضيها حماية الجماعة وحماية الإنسان معا، مثال ذلك حالات التطعيم ضد مرض وبائي، كما هو الحال الآن فى "H1N1"، Swin flu

كانت لضرورة مشروعة تقرها القوانين كالعلاج مثلاً. أو لإنقاذ حياة شخص آخر من الموت دون تعرض سلامة الجسد للخطر.

ولما كانت الأعمال الطبية كالتعامل على الأرحام محلها أعضاء التناسل فقد كان من الطبيعي أن نتناول مدى جواز حق الإنسان فى التصرف فى جسده بنقل عضو الرحم منه للغير أو تمكين الغير بالانتفاع بعضو من أعضائه قامت حكومات الدول بسن تشريعات خاصة لحماية جسد الإنسان وفرضت هذه الحكومات قوانين مشددة وعقوبات تطبق على من يعتدي على هذا الحق الذى منحه - الله عز وجل - لنا لأن الله كرمه فلا يجوز ابتذاله أو ابتذال جزء منه. ولذلك اجتمعت القوانين على رأى واحد ألا وهو أن الإنسان لا يجوز التعامل عليه لأنه لا يصلح أن يكون محلا للتعامل لخروجه أصلا عن دائرة التعامل كما سبق وأن ذكرنا، وهو صاحب المنفعة على جسدة إذ يقول الله تعالى: [وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا](1)

من خلال رؤيتنا عن الموضوع هناك أسئلة تطرح نفسها إذا كان للإنسان حق على جسده فهل له أن يتصرف عليه بموجب هذا الحق؟ كنقل المرأة لرحمها الى جسد أمرأة اخرى تحتاج الى هذا الرحم سواء أكان هذا النقل بمقابل او بدون مقابل، ويضاف إلى ذلك هل يجوز لها السماح لغيرها بالاستفادة من المساس الذى قد يقع على جسدها" وإذا سلمنا بذلك فما هو التكييف القانوني للمنتج التناسلي لجسدها؟

هذا ما سنوضحه من خلال دراسة التكييف القانوني للمنتج التناسلي لجسد الإنسان فى المبحث الاول ثم لطبيعة العلاقة عند نقل عضو الرحم من إمرأة الى أخرى وهذا من خلال تناولنا للمبحث الثانى.

المبحث الأول

التكييف القانوني للمنتج التناسلي لجسد الإنسان

إن التطور العلمي الذي يشهده مجال الإخصاب الصناعى في الوقت الحالي جعل الأطباء يبذلون الكثير من الجهد لمقاومة أمراض العقم التي يتعرض

---

(١) النساء - ٢٩

لها جسم الإنسان سعيا للمحافظة على الإنجاب. ولما كانت السلامة الجسدية لجسم الإنسان هي من مقتضيات التقدم ومواكبة متطلبات الحياة فإن الحقيقة التي أثبتتها المفرزات العلمية لعلم الطب أن هذا الأخير تجاوزت حدوده التصرفات الطبية التقليدية بحيث تحول إلى معالجة الكثير من الأمراض المسببة للعقم بطرق علاجية حديثة مثل عمليات نقل الرحم وزرعه فى امرأة أخرى وعمليات الإنجاب الصناعي التى تتيح للزوجين نقل نطفهما فى رحم أخر غير رحم الزوجة عند وجود خلل فيه وهو ما يسمى والرحم الظئر) الذى يعتبر آخر صيحات العلم الحديث.

و بهذا فقد أحدث التطور الطبي في العصر الحديث صحوة علمية كبرى حول مشروعية التصرف في نقل الأعضاء التناسلية عامة ونقل الرحم خاصة وهو صلب موضوعنا الذى سنتناول إن - شاء الله تعالى - وخصوصا إزاء النجاح الفائق الذي وصلت له عمليات نقل الأعضاء التناسلية وعمليات استجار الأرحام وغير ذلك من العلميات الخطيرة وغير مألوفة على الصعيد الطبي.

كل ذلك أدى إلى تطويع هذا الجسم البشري لكي يكون مجالا خصب للتعامل على الارحام بهدف علاج العقم وإزاء هذه المخاطر التي تهدد مبدأ حرمة الكيان الجسدي حرص القانون على حماية الإنسان فلم ينظر إليه على أنه صاحب الحق في هذا الجسد وأنما نظر إليه نظرة قانونية محضة لحمايته مدنيا وجنائيا في كيانه المادي والمعنوي، حتى ولو تطلب الأمر حماية الشخص ضد تصرفه على جسده.

و لما كان الطب يقدم الوسائل العلاجية والحل لمشكلات العقم والقانون يقدم المسار الصحيح لكي لا تقع هذه التصرفات تحت طائلة المسؤولية سواء كانت مسؤلية جنائية أو مدنية، حتى لا يكون هذا التقدم الطبي على حساب إهدار حقوق الإنسان. فنحن نقرأ كثيرا في هذه الأيام عن أرحام للإيجار وأرحام للبيع. هذه المشاكل وغيرها التي تنتج عن إباحة التصرف في أعضاء الجسم الإنساني يجب التصدي لها ومقاومتها بحزم حتى لا تتفاقم، وذلك لا يكون إلا بمثل هذه البحوث التي تضع الإطار السليم لممارسة هذا العمل.

ومما لا شك فيه نجد أنه من الضروري أن نلقى الضوء على هذا الموضوع الذي مازال يتداول في الخفاء حتى في الأوساط الطبية ذاتها، رغم أن الكثير من المؤسسات الصحية التي تقوم بممارسة مثل هذه العمليات قد رخص لها القانون ذلك. ولهذا فأن اهتمامنا في هذا الموضوع ينصبّ في إطار تحديد مشروعية عمليات التصرف في جسم الإنسان الذى وضع أمامه ناقوسا للخطر على من يقترب منه والذي تظله الحرمة والقداسة بظلالها لتحدد لنا حدودها وأطرافها القانونية، و حتى لا تخرج هذه العلميات عن إطار المشروعية القانونية التى رسمت لها، لا بد من تكليف العناية الفائقة لرجال القانون، وذلك لمواكبة التطورات الطبية من تقدم طبي هائل في نقل عضو الرحم من جسم شخص حي أو ميت إلى شخص أخر حي "عقيم"، وذلك كي ينتفع به هذا الأخير فى حياته، وكذا مسألة إستئجار الأرحام التي أثارت الكثير من الجدل.

المطلب الأول

انفراد منتجات الخلايا التناسلية عن باقي منتجات الجسد الإنساني

خصصنا دراسة هذه الجزئية كى توضح لنا مسألة مدى امكانية تصرف الام بالرحم فى النطف التى تحملها بداخلها بناءا على الاتفاق المبرم بينها وبين باقى اطراف العلاقة بأعتبار أن هذه النطف تندرج ضمن مصاف المنتجات التناسلية وكذلك اصحاب النطف ذاتهم اى مدى امكانية نقل نطفهم واستخلاصها من اجسادهم ووضعها فى جسد آخر هذا من ناحية ومن ناحية اخرى معرفة الفرق بين امكانية تسلط افراد العلاقة بين الجنين اثناء وجوده داخل الرحم وبعد خروجه منه.. .... وخاصة ان الفقه الامريكى فرق بين الاتفاق المبرم بين اطراف العلاقة قبل البدء فى اجراءات الحمل وبين مرحلة ما بعد الولادة كما اعطى للمراة الحامل فترة زمنية لاعادة التفكير قبل تسلم المولود لأبويه البيولوجيين.

مما هو جدير بالذكر يتكون الحق الوارد عليه سلامة الجسد الإنساني من المحافظة على مادة الجسم التى تشمل الكيان المادي لجزئيات وعناصر أجهزة الجسم وأعضائه وما تحويه وتتكون منه سواء أن كانت منتجات متجددة أو غير متجددة.

المحافظة على الأجهزة والأعضاء للقيام بوظائفها المقررة لها وتتساوى جميع أجهزة الجسم وأعضائه في هذا الحق لأن جزئيات الجسم متكاملة على النحو الذي خلق الله عليه الإنسان. فإذا فقد الإنسان جزءا من هذه الأجزاء أعتبر ذلك إخلالاً بالتكامل الجسدي الذي يجب أن تكون عليه أجهزة وأعضاء الجسم. ويعد هذا الإخلال مساسا لسلامة الجسد(١).

تتساوى أعضاء جسم الإنسان فى الحماية مهما كانت الآثار التى ترتب عليها الإيذاء بمادة الجسد ومهما كان الأثر المتبقي من جراء هذا العبث، كما أنه لا يشترط أن يترك المساس بالتكامل الجسدي الآثار تستمر وقتا طويلا فقد لا يستمر إلا لحظات(٢).

وأخيرا يتبين لنا أن صحة الجسد تتمثل فى احتفاظ الجسد بمادته متكاملة وهو حق الفرد كي يستطيع أن يؤدى كافة وظائفه الطبيعية على أكمل وجه، وكذلك أيضاً حق المجتمع فى التكامل الجسدي للإنسان حتى يقدر على تأدية الالتزامات التى عليه تجاه المجتمع.

ويعد هذا البيان يجدر بنا توضيح أثر خصوصية منتجات الخلايا التناسلية الإنسانية بالمقارنة بباقي منتجات جسم الإنسان مما يجعلنا نبحث فى ماهيتها هل هى تندرج تحت وصف الأشياء أم تحت طائفة الأشخاص، ولبيان تحديد الطبيعة القانونية للمنتج التناسلي الإنساني، نجد أن بعض الفقه اعتبر النتاج التناسلي يصنف تحت مسمى الأشياء بينما ذهب البعض الآخر إلى أن النتاج التناسلي الإنساني يشبه نظام الأشخاص؛ لذلك فقد بات لازما أن نتناول هذين الرأيين: -

أولا: تصنيف المنتجات التناسلية لجسد الإنسان ضمن الأشخاص:

يرى أصحاب هذا الرأي بمماثلة نطفة الأمشاج بالأشخاص بالإضافة إلى إضفاء الكائنية الإنسانية الكاملة عليها مما، يؤكد لهم أن جميع مراحل حياة الإنسان تتمتع جميعها بفكرة أنه لأفرق بين البيضة المخصبة فى أى مرحلة كانت

(١) د/ محمود نجيب حسني – الحق في سلامة الجسم – مجلة القانون والاقتصاد ص ٥٤٢
(٢) د/ محمود نجيب حسني – الحق في سلامة الجسم – مجلة القانون والاقتصاد ص ٥٣٩.

عليها وبين أى مرحلة عمرية للإنسان، وهذا الرأي يتفق مع الاتجاه القانوني القائل بأن الحياه الآدمية تبدأ منذ الإنجاب، علاوة على ذلك أن المعتقدات الدينية المسيحية لدى كثير من الناس فى أوربا تنادى بإحترام الحمل الإنساني منذ اللحظة الأولى لوجوده.

أيد القانون الفرنسي اعتبار الجنين إنسانا وليس شيئا وذلك على اعتبار أن مبدأ حرمة الجسد الإنساني غير قابل للتجزئة أو التغيير، فلا جدال أن البويضة الملقحة والجنين بالتالى من الناحية العضوية والحيوية لا يمكن اعتباره شيئاً[1] وقد نص القانون الفرنسي الخاص باحترام جسم الإنسان الصادر فى ١٩٩٤/٧/٢٩ على مبدأ حرمة الجسم البشرى فجاء فى المادة ١/١٦ أن " لكل فرد حق فى احترام جسمه ولجسم الإنسان حرمة كما أن الجسم البشرى وعناصره لا يمكن أن تكون محلا لحق مالى فهذه المادة تعتبر إعلانا حقيقيا عن فلسفة المشرع الفرنسي التى ترمى إلى منع كل تعد على الكرامة الإنسان وضمان احترام الكائن البشرى من لحظة ميلاده"[2].

وجديربالذكر يتفق أصحاب هذا الرأي مع القاعدة الرومانية Infas conceptus حيث تنص تلك القاعدة على ثبوت الشخصية القانونية للجنين[3]، يرى بعض الفقه أن يسرى التناقض على القول بأن الجنين يتمتع بالجمع بين صفتين متناقضتين وهما أن يكونا محلا للحق فى نفس الوقت الذى يكون مالكا فيه، علاوة على ذلك أن يكون الإنسان شيئا قبل أن يكون شخصا[4].

---

(١) راجع هذه الاراء:
C. NEIRINCK، Lembryon humain au la question en apparence sans re'ponse de la bioe'thique، petites Affiches 9 mars 1998، p.4 -

(٢) Fagot –Largeaultet et Genevie've- Delaisi''Les droits de L' embryon (foetus) humain et la notion de personne humain potentielle ''،Revue de me'taphysique et de Morale، 1987 ،n3.

(٣) BYK C La recherché sur l' embryon humain –jcp ed. G 96،1 ، 3949.et، L'embryon jurisprudentiel ، Gsz.pal،24/10/1997،p. 46.

(٤) د/ حبيبة سيف سالم راشد الشايبي النظام القانونىلحماية جسم الأنسأن ص ٢٧، ويمكن التدليل على حرمة البويضة الملقحة وحقها فى التمتع بالحماية القانونية أيضا من
=

ويرى هذا الاتجاه أن وصف النتاج التناسلي بالأشياء يفضي إلى إجازة بيعها وأن التسليم بإمكانية التصرف فيها بالبيع يؤدي إلى الإثارة العديد من المشكلات يصعب التغلب عليها، بالإضافة إلى مخالفة ذلك للمبادئ العامة في القانون ذلك أن الإنسان ليس له علي جسده حقوق ذات طبيعة مالية حتى يمكن القول بوجود حق ملكية له علي نطفة الآدمية.

اعتمد هذا الاتجاه على إضفاء الأهمية للنطف الآدمية وذلك لما تحمله من صفات وراثية، مبررا فى اختياره لأدرجها تحت طائفة الأشخاص، وإبعادها عن مظلة الأشياء مقررا أن النطف الآدمية تعد مرحلة وسطى ما بين طائفة الأشياء وطائفة الأشخاص، ولكنها تدنو ناحية الثانية وتبعد عن مضمون الأولى، لمسئوليتها عن النتاج الإنساني[١].

ويؤيد هذا الاتجاه ضرورة وضع قواعد قانونية خاصة تتناسب مع الطبيعة المتميزة للنطف المسئولة عن النتاج الدمى والتي ميزتها عن قريناتها من المنتجات الإنسانية التي تفتقد الخصوصية المؤهلة لها كي يوصي بإفراد نظام خاص لحمايتها أو التعامل عليها[٢].

=

خلال مالبتة الطب الحديث مؤكدا علي أن حرمة الحياة مقررة في الاسلام كما هو معروف وينسدل هذا علي الجميع، الا أن بعض الاقدامين من الفقهاءقسموا حياة الجنين الي قسمين يفصل بينهما بدء الشعور المراءه بحركة بالجنين في بطنها، و يكون هذا عادة في نهاية الشهر الرابع من الحمل، و قد توهم هذا الفريق من الفقهاء أن هذا الاحساس سببه دبيب الحياة في الجنين، أو عبروا عنة بنفخ الروح، الا أن التقدم الطبي منذ عصرهم حتي عصرنا الحاضر قد كشف أن احساس المرأة بحركة الجنين لا ينبيء عن هذه الحركة، فالحق أن الجنين يتحرك من قبل ذلك بزمن طويل، ولكن المرأة لا تشعر به لأن الكيس المائى الذى يسبح فيه الجنين يكون فى البدايه فسيح بالنسبة لجسمه الصغير، ويمر زمن حتى يكبر الجنين وتستطيع لكماته بركلاته أن تطال جدار الرحم وتشعر به المرأة بعد اربعة اشهر حملية، بل أن لدينا الأن من الاجهزة ما نسمع به دقات قلب الجنين وهو فى الاسبوع الخامس، ولدينا أيضا من اجهزة ما نرصد به حركة الجنين حتى قبل ذلك ولقد استقر علميا أن الجنين منذ بدايته وهو بيضة ملقحة تشرع فى الأنقسام والتكاثر، وبالتالى فهو كائن حى حتي ينموا ويتطور بصورة متصلة مستمرة دون أن يوجد خط فاصل له قبل أو بعد، فالعلة إذا تغيرت لا بد وأن يتغير الحكم، وعلى ما افضى اليه التقدم العلمى تأسس حرمة الجنين فى كافة اطوارة، راجع د/ حسان حتحوت، - بحث بعنوان (الاجهاد بين الدين والطب) — بدون تاريخ نشر، ص ١٧، د/ عباس شومان، المرجع السابق، ص٣٠ وما بعدها

(١) X – Avier Labbe، "L'insemination artificielle prartiquee après la mort du donneur"، gaz. Pal، 1984، p.4.1.

(٢) Conu (G)، "droit civil"، La famille"، p.423.

اقترح بعض من الفقه الفرنسي أنصار النظرية الشيئية إلى تكييف هذه النظرية كي تتلاءم مع طبيعة هذه الخلايا، وانتهوا ألي ما أطلقوا عليه نظرية الأشياء ذات الطبيعة الخاصة، فإذا كان ولابد أن نقر المادة الوراثية المفردة بالطبيعة الشيئية فان الأشياء لا تبدو جميعها ذات طبيعة واحدة، وينطبق ذلك بداهة علي خلية التناسل المتفردة عن بقية نتاجات الكيان الإنساني، الأمر الذي يجعل منها مسوغا لإنشاء تلك النظرية وتطبيقاتها(1).

التشدد من منع العمليات التى تؤدى إلى الإجهاض، وجعل لها عقوبة مثل عقوبة الوأد، كما نادى أصحاب هذا الرأي باتخاذ كافة التدابير الاحترازية حول مسألة الإجهاض الاختيارى للإنهاء المبتسر للحمل & كما وضع حقوق قانونية مكفولة للجنين مثل الحقوق المالية بموجب المواد ٦٢٥، ٩٠٦، ٩٠٢ من القانون المدنى الفرنسي.

كفالة الرعايا الصحية للجنين والذي نظم أحكامه القانون الفرنسي رقم ٩٤/ ٦٥٤ الصادر فى ٢٩ يوليو ١٩٩٤ حيث أوجبت المادة ١٦٢ من قانون الصحة العامة.

فى الفقرة ١٦ المضافة بالمادة ١٢ من القانون السابق مثل إجراء التشخيص المبكر على الحمل مع وضع عقوبة جنائية لمن يخالف الأحكام القانونية التى وضعها المشرع لحماية الجنين فى بداية أطواره.وكذلك تأجيل توزيع نصيب الجنين (ابن الرحم) بعد الولادة.

تقييم هذا الاتجاه:

يؤخذ على هذا الاتجاه أنه ليس من المنطق أن ننادى بالمساواة بين قطعة من الدم الممثلة فى صورة بويضة مخصبة فى أى مرحلة من مراحل تكوين الجنين بإنسان آدمى له عقل وروح وجسد أو نجعل لهم وصفا شاملا أو مفهوما واحدا.

رغم أنني لا أتفق مع إسقاط الجنين فى أى مرحلة كان عليها داخل الرحم، إلا أنه لا يرتفع إلى مصاف الجريمة والأمر فى النهاية يرجع إلى الضمير الاخلاقى لا إلى القانون.

(1) Decocq، Op. Cit، n°39، Domages، these prec.،P.63.

نحن نرى كما يرى بعض الفقه[1] إنه رغم اهتمام المشرع الجنائي والمدني بوضع القوانين لحماية الجنين وتقرير حقوقه، إلا أنه ليس من المنطق أن ننادى بالمساواة بين البذرة الإنسانيه وبين إنسان كامل له ما يميزه وهو العقل الذى أخفق أصحاب هذا الاتجاه دوره من وجهة نظرنا أى إستحالة المساواة بين الحياة الإنسانية وبين حياة الجنين.

وكذلك ليس من العدل أن تتساوى العقوبات أو الأحكام القانونية بشأن حماية الجنين، فكيف تتساوى السياسة المدنية أو الجنائية أو العقابية فى أى مرحلة كان عليها الجنين أو الإنسان.

فى رأينا يجب الأخذ فى الأعتبارحول الفصل بين المرحلة العمرية التى عليها الجنين أو الإنسان وبين حجم المعاملة القانونية عليه من حيث الحماية الجنائية والمدنية والسياسة العقابية أو السياسة التشريعية، على أن يكون هناك تغايرا طرديا بين حجم هذه السياسة والمرحلة العمر ية التى عليها الجنين.

تعارض النظرة الشمولية للكائنات الإنسانية، كي تستوعب نطفة الأمشاج، مع إجازة التبرع بها، وخروجها عن النطاق القانوني لتجريم الأجهاض، ليس من المعقول أن نسلم بمنح البييضة المخصبة صفة الشخص الكامل فى نفس الوقت الذى أجاز فيه المشرع الفرنسي لتداولها بالتبرع بها للأسر العقيمة إذ أنه لا يتصور طبقا لمختلف الشرائع السماوية والفلسفات القانونية التبرع بأنسان متكامل البنية، هذا وإن كان التبرع بالبويضة المخصبة يؤدى إلى نفس هذه الفكرة الغير مقبولة بحسب أن هذه البييضة تعتبر إنسان بحسب المآل إلا أن التبرع بها فى مهدها الجينى رأى فيه المشرع الفرنسي بديلا يفضل التبني.

نرى أنه لا بد من أن يسرع المشرع فى وضع قواعد قانونية خاصة بالتصرف فى النطف الآدمية؛ لأن ترك مسألة تحديد طبيعة الخلايا التناسلية فى أيدى المذاهب المختلفة سوف يؤدى إلى حالة من التشتت المؤدية إلى المشاكل، ومما لا شك فيه عند تصنيف أجزائه وعناصر الجسد الإنساني لابد من الاستعانة

---

(١) د/ ثروت عبد الحميد / الأجهاض بسبب تشوه الجنين وأمراضه الوراثية – مجلة الحق شريعة وقانون – العدد ٩ الأمارات ٢٠٠٤ ص ٩١.

بلجان من فقهاء الطب والقانون والشرع لتخطي الصعوبات والمشكلات القانونية، حتى لا يتكرر ما وجدناه بين أنصار الطبيعة الشيئية والشخصية عند تجاهلهم في وضع تصور قانوني موحد، لذلك على المشرع أن يبحث أولافي تحديد طبيعة جسد الإنسان مفسرا الطبيعة الفسيولوجية لكل عضو على حدة وثانيا يوضع التكييف القانوني لكل عضو بالاضافة إلى انفراد التناجات التناسلية عن باقي الأعضاء لما لها من مكانة خاصة في الجسد الإنساني.

❖ السوابق القضائية المؤيدة لهذا الاتجاه:

ويحسب له تأييد محكمة النقض المصرية حيث اعتبر قضاؤها أن جريمة إسقاط حامل تتوفر لمجرد إسقاط الحمل، حتى إذا لم تبلغ مدة الحمل أربعة اشهر، استنادا إلى أن الشريعة الإسلامية تبيح ذلك وأن المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصري، تبيح ما تبيحه الشريعة، وقد احتجت المحكمة في قضائها بأن تجريم الشارع للإسقاط يحول دون اعتبار هذا الفعل مرتبطا بحق، وأنما يجعل منه إذا وقع جريمة يستحق جانب العقاب الذى فرضه الشارع لفعلته "وأضافت إلى ذلك أباحت الشريعة الإسلامية لإجهاض الحمل الذى لم يتجاوز أربعة اشهر ليس أصلا ثابتا في أدلتها المتفق عليها وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأي فيما بينهم(١). وفى حكم لاحق قالت فيه.

" يعتبر إسقاط الجنين ولو أرتكب قبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه الحركة(٢).

---

(١) هذا وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٩ س ١٠ رقم ١٩٥، ص ٩٥.

(٢) "نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٧٠ س ٢١ رقم ٣٠٢ ص ١٢٥٠(ولقد علق ا. د. محمود نجيب حسني على اتجاه محكمة النقض فقال: وقضاء محكمة النقض صحيح فالأجهاضحق استئثرالشارع بوضع تنظيم شامل له ولم يجعل الشريعه مجالا تطبق فيه والاحتجاج باستعمال الحق لا يكون الا حيث يفرض القانون إلى شريعة تنظيم مجال معين فيكون لها أن تتقرر فى نطاق حقوق راجعه فى شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص من٥ : ٤، ص ٦ : ٥

- ويؤيد بعض الفقه هذا التحليل بقوله " والواقع أن الشريعة الاسلاميه السمحاء قد حمت الاجنه. ....فقد جعلت الغره حقا للجنين وهو فى ابكر ادواره " فقيل لو أن امرأة القت بضعه أو دما أو غير ذلك مما لو عرض على ثقات وشهدوا بأن فيه خاقا أو =

وقد تضمن الدستور المصري الصادر عام ١/٩/في المادة ٤٣من الدستور الدائم المصري " ١٩٧١ التأكد على حرمة الكيان المادي والمعنوي للإنسان ".

حكمت محكمة استئناف ليون بتاريخ١٣ من مارس ١٩٩٧ بخصوص قضية إجهاض جنين يتراوح عمره بين ٢٠ - ٢١ أسبوعا والذي تم إجهاضه بسبب خطأ طبي باعتبار هذا الفعل مكونا لجريمة قتل خطأ، وذلك استنادا إلى المادة ١٢٢/ ٦ من القانون الجنائي الفرنسي والتى اعتبرت الجنين إنسانا ، وكذلك المادة الأولى من القانون الصادر فى ١٧ يناير ١٩٧٥ والخاص بالايقاف الارادى للحمل، وكذلك المادة ١٦ من القانون المادي الفرنسي الخاصة باحترام جسم الإنسان، والتى تعتبر من النظام العام وهكذا استبعدت المحكمة القابلية للحياة، واعتبرت أن الجنين إنسان ، وأقرت بضرورة حماية كل إنسان منذ بداية حياته هذا وقد اصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما فى شأن تعويض طفل عن إضرار لحقت به وهو جنين فى بطن أمه، نتج عنها إصابته بإعاقة وتشوه، ولم يتم تبصير الأم بها لتتخذ قرار إجهاضه فى حينها، وما ذلك إلا اعتراف بإنسانية الجنين[1].

ثانياً: تصنيف المنتجات التناسلية لجسد الإنسان ضمن الأشياء :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن نطفة الأمشاج تصنف ضمن الأشياء التي تقبل التعامل عليها وبالطبع يترتب ذات الوصف علي منتجات جسد الإنسان وجميع أعضائه، وأستدل أصحاب هذه النظرية على توضيح أوجه الخلاف بين

=

بداية خلق ادمي، لو بقي لتصور، فأن الجاني مسئول، ومن هذا يمكن الاستدلال على أن الشرع قد كفل حق الجنين منذ اللحظة الأولى وهو فى طور الأنقسام، وهى أنبوبة.. .. — د/ عبد الله سلامه — المقالة السابقة —ص٤٤٤، واستدل سيادته بقول الأمام الغزإلى رحمة الله عليه " فى ذلك جناية عاى موجود حاصل. ....والموجود له مراتب، وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياه، وافساد ذلك جناية، فإذا صارت نطفة مخلقة كأنت الجناية افحش. .....

(١) Ass، plem 13 juill. 2001 ، 3arrets، jcp 2001.11.10601، concl ، sainte-rose ، note chabas ، d. 2001.2325 Note jourdain ، rjpf 2001 obs، hauser et delmas-saint hilaire; aix-en province، 21 mars 2001، 11، 10600 Note c. bloch ;- Bordeaux. 18sept. 2001، d/2110.2805، Dalloz no4 october 2001pp. 749-1036 ، p. 850 -852

الشخصية القانونية من ناحية وبين جسم الإنسان من ناحية أخرى، فإذا كان ممكنا التعاقد مع إنسان يتمتع بوجود الشخصية القانونية فأن ذلك يعد مستحيلا إذا أردنا تحقيقه مع جثة إنسان أو عضو منها[١]، فرغم أن الجسد الإنساني يعد دعامة شخصية الإنسان لكنهما غير مترادفين إذن فالفكرة القانونية للشخص عندهم تستقل تماما عن الطبيعة المادية للجسد الذي يتمثل في مجموعة أعضاء الإنسان استقلال عن وظائفها في حين يتمثل الشخص في الروح والإرادة اللذان يمنحانه تميزاً عن الشخص بالمعنى البيولوجي.

كما يرى أنصار هذا الرأي أن تحديد طبيعة نطفة الأمشاج يتوقف على التفرقة بين الأطوار الجينية للحمل، فهم يفرقون بين حياة الجنين فى العشرة أسابيع الأولى للحمل وبين ما يتبعها من مراحل ويسبغون على الأولى صفة انتفاء الآدمية مطلقا، لأنها لا تستطيع أن تحمل الخصائص المميزة للشخصية الإنسانية.

[٢] ومما سبق يتضح لنا أنه لا يمكن أن نصف تلك الاجنة المستكنة فى الأنابيب بالشخصية الاحتمالية.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن البويضة الملقحة مثلها مثل حال المتوفى دماغيا[٣] وعليه فقد اثبتوا صفة الآدمية للبويضة التى يصل التطور الجينى فيها إلى حد الشهر الثانى من حياتها وانتفاء ذلك عن بويضة لم تتعد مرحلة الثمانية خلايا من مراحل تكونها.

واختلف أصحاب هذا الاتجاه فيما بينهم وانقسموا إلى فريقين حول معيار صياغة الحماية الواجب توافرها لتلك البويضة فرأى بعضهم إلى إفراد الحماية لها بما يتناسب مع انتفاء الصفة الآدمية عنها وخاصة حالات التجريب عليها ويرى البعض الآخر عدم وضع أى حماية لها وذلك لانتفاء صفة الآدمية فى تلك المرحلة.

---

(١) M، Dekkers، le corps humain et le droit، travaux H. capitant 1975 T.xxvi p.1..

(٢) Boucaud، (P)، "Apprauches Juridiques" en Rev، Le supplement، 1984، P. 4.1.

(٣) فلتشر دوريه نيو أنجلند الطبيه ١٩٧١، مشار اليه فى د/ محمد سعد خليفه، المرجع السابق ص٨٧ نقلا عن د/ عبد الهادى من يخالف الاسنساخ ص ١٨٥

تقييم هذا الاتجاه:

نرى كما يرى بعض الفقه أن هذا الاتجاه يتصف بالموضوعية حيث أنه أزال عن البويضة الملقحة وهى فى أنبوب صفة الآدمية وذلك يتماشى مع التمييز بين مرحلتي الحمل المستكن والجنين المولود مع وضع سياسة الحماية والحقوق ا لتشريعية والجنائية لكل مرحلة على حدة وفى رأى التفرقة بين المرحلتين تصبح واجبة.

أما الذى يؤخذ على هذا الاتجاه أنه انقسم على نفسه إلى اتجاهين لكل منهما رأى أحدهم ينادى بانتفاء صفة الآدمية عنها قبل مرور الأسابيع العشرة الأولى منذ أن تم الإنجاب مما يترتب عليه انعدام أى حماية قانونية وذلك لأنعدم صفة الآدمية فى تلك المرحلة.

أما عن الاتجاه الثانى فيرى أن البويضة المخصبة تتصف بالصفة الآدمية بعد مرورالأسابيع العشرة، وهذا مخالف للواقع ولكن هذا لا يعنى أن ننكر على البويضة وجود كيان مادي ملموس يحميها، ولكنه لا يرتفع إلى مصاف الآدمية.

❖ **بعض السوابق القضائية المؤيدة لهذا الاتجاه**[١]:

صار القضاء الأمريكى على نفس الاتجاه المؤيد على وصف نطفة الأمشاج بالأشياء وهى خارج الأرحام مطبقا عليها الحماية الجنائية[٢].

فى قضية تتلخص وقائعها أن طبيب قدم النصح للزوجين اللجوء إلى الإنجاب الصناعى بوسيلة أطفال الأنابيب وبعد استخلاص عينة كل من الزوجين المنوية أجرى الطبيب الإنجاب خارج الجسم ثم تصرف فى تلك النطفة المخلقة إلى الآخرين، دون علم الزوجين ودون الحصول على موافقتهما وفى ضوء صعوبة استخلاص عينة تناسلية أخرى من الزوجة، أقام الزوجان دعوة قضائية بغية المطالبة عن الاضرار النفسية التى أصابت الزوجين من جراء إضاعة الفرصة

(١) Jean – Christophe Galloux ", Le statut des gametes humains en droit franc,ais contemporain "R.D McGill,p.40,et fagot-Largeaultet et Genevieve' Op. cit ,n3'

(٢) Avis n 53 sur la constitution de cellules embryonnaires humaines et leur utilization a' des fins scientifiques; Dict. Perm. Bioe'thique et Biotechnologies ,Bull. n 48٢٠ , mai1997 ,p.8880.

المستقبلية فى التوالد كما أضاف الزوجان أن المدعى عليه بتصرفة فى البويضة الملقحة، فأنه يكون قد مس حقهما فى ملكيتهما، وبدون موافقتهما الأمر الذى تشكل معهما جريمة خيانة الأمانة، والغيب أن المحكمة والمحالفين تنبهوا إلى تأييد مطالبهم، تأسيسا على توافر جريمة خيانة الأمانة.

ثالثا: نطفة الأمشاج لا تعد شخصا إنسانيا:

يرى أصحاب هذا الرأي أن النظرة الأخلاقية لابد أن ترتبط بالإرادة الفردية للإنسان، والتى يمكن أن تترتب عليها المسئولية الاجتماعية والقانونية المرتبطة بالكائنية البشرية[1].

وضع أنصارها الاتجاه ضوابط أخلاقية تنصرف على الإرادة الفردية للإنسان[2]. حظر إهدار الحياة الإنسانية بإهلاك البويضة الإنسانية دون أسباب جديدة مقبولة، فذلك من الجرائم المكروهة.يستوي في ذلك أن يكون إهدار حياتها من قبل الباحثة أو من قبل الوالدين، اللذين قد يقرران الاستغناء عن البويضة بعد تخصيبها.

كافة أشكال التجريم العلمي على الجنين الإنساني داخل الرحم وخارج الجسم الحى غيرى مقبولة تماما إذا ما روعى فيه ضوابط التجريب على الحيوان مع الحصول على رضاء ذوى الشأن، نظرا لخطورة الأثار الناجمة عن ذلك، وضرورة استيفاء الشروط العلمية والأخلاقية لتلك التجارب.

ترتبط شرعية كافة التصرفات التجارية المتعلق فى بعض أجزاء الإنسان بمدى قبول النظام القانوني بالتصرف من عدمه، وعليه فأن التصرف ببعض أجزاء الإنسان يكون مقبولا طالما لا توجد قيود قانونية تحظر ذلك.

تقييم هذا الاتجاه:

اتفق أصحاب هذا الاتجاه مع فلسفة القانون الوضعي فى التعامل مع الإنسان قبل وبعدا الولاده، حيث تأبى الأنظمة القانونية التسوية بينهما من ناحية الحقوق والسياسة المدنية والعقابية إجازة التجريب على البويضة المخصبة مع

---

(١) د/ محمد سعد خليفة – المرجع السابق – ص٨٩

(٢) Fagot – Largeaultet et Genevieve، op. cit ،n 3.

مراعاة الضوابط العلمية والمبادىء الأخلاقية كما حرص أصحاب هذا الاتجاه على عدم إهدار الحياة فى البويضة المخصبة والجنين هذا بالإضافة إلى قبولهم بفكرة إهلاك البويضة لأسباب جدية مثل كيفية التعامل معها بعد أتمام وسيلة الإنجاب أو لأسباب مرضية وراثية اكتشف بها.

إصباغ نوع من الصفة الآدمية على حياة الأجنة داخل وخارج الرحم فليس من فلسفة أصحاب هذا الرأي وصف البويضة المخصبة من الأشياء، وذلك لأن البويضة المخصبة يعترف لها بالحياة ولكنها غير الحياه الحقيقية للمولود[1].

ولواتجهنا إلى رأى الطب لوجدنا ان هناك إمكانية لتجميد نطفة الأمشاج دون أن تهلك الى أكثر من عشرين عاما ولكن لا يمكن تجميد إنسان ولو لعشرين دقيقة.

ونحن نرى بما أن المادة ١/٨٢ من القانون المدنى المصري " اعتبرت أن كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية وحيث تنص الفقرة" ٢"على أن الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية.

إذن فالأساس فى القانون المدنى هو عدم جواز التصرف بجسم الإنسان ومكوناته، لأنه خارج عن دائرة الأشياء وهى فقط التى يمكن أن تكون محلا للتعامل، ونحن نرى أنه يحسب السبق للشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية حول مسألة الحق فى الحياة وسلامة جسم الإنسان.

---

(١) هذا وقد وضع المشرع الفرنسي المادة رقم ٨/ من قانون الصحة العامة وكذلك المشرع الاسبانى في القانون ٤٢ الصادر فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩ والمتعلق بهبة واستخدام البييضلت الملقحة هذا وقد اجاز قبول التجريب على اللاقح الأنثوية حتى يومها الرابع عشر تجريبا علاجيا أو تجريبا علميا مجرد عن الصفة العلاجية، أما عن المشروع الأنجليزى فقد تمادى فى امتهان الصفة الادمية لتلك البويضات فاجاز تخليق بويضات مخصصة للتجريب العلمي، وكذلك إجازة استيراد البويضات الادمية وتصديرها لاغراض تجارية دولية بحتة.

المطلب الثانى

مدى أحقية الإنسان فى التصرف على نطفة الآدمية وأعضائه التناسلية

لبيان حكم التصرف فى النطف الآدمية والحيوانات المنوية والبويضات، فقد بات لازما أن نقوم بمعرفة حق الإنسان فى التصرف بجسده، فهو مصلحة للفرد يحميها القانون فى أن يظل جسمه مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذى ترسمه وتحدده القوانين الطبيعية وفى أن يحتفظ بتكامله الجسدي، وأن يتحررمن الآلام البد نية[1].

ويرى بعض فقهاء القانون بأنه: "قدرة يمنحها القانون لشخص معين تحقيقا لمصلحة مشروعة فى حدود القانون وحمايته أو هو "استئثار شخص بشيء أو بقيمة استئثار يحميه القانون[2].

وبناء عليه يتبين لنا أن جانبا من فقهاء القانون اعتبر أن للإنسان على جسده سلطة إرادية، بينما ذهب جانب أخر إلى أنه الحق فى المساس بسلامة جسد الإنسان مصلحة يكفلها القانون، ثم ظهر رأى ثالث من الفقه القانوني يجمع بين الاتجاهين السابقين لذلك عرف بالمذهب المختلط ، وبناء عليه سنقوم بعرض تلك الاراء :

ذهب الرأى الاول: إلى أن التصرف فى الأعضاء التناسلية والنطف الآدمية حق إرادي للإنسان:

من انصار هذا الراى Perreau أن كل إنسان يملك حرية الإرادة على جسده وهذا وقاصر عليه تجاه الآخرين كنوع من حق الملكية على كيانه[3]، ويترتب على ذلك من وجهة نظرهم أن من يرغب فى إجراء عملية تأجير رحم لوضع اللقيحة المخصبة وغرسها فى رحم غيرهما ما دام لم يضر بحقوق الآخرين

---

(١) للمزيد: راجع د/ محمود نجيب حسنى الحق فى سلامة الجسم ومدى الحماية التى يكفلها له قانون العقوبات – مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث – ١٩٥٩ ص ٥٧١

(٢) د/ عبد الله مبروك النجار – الحسبة ودور الفرد فيها فيها فى ظل التطبيقات القانونية المعاصرة طبعة الازهر ص ١٥٤ ، ١٥٥ ومبادىء فكرة الحق ص ٣٨ ١٩٩٤(م طبعة أولى

(٣) E- A PERREAU – مشار اليه احمد عبد الدائم – أعضاء جسم الأنسأن ضمن التعامل القانونى – رسالة دكتوراة فى الحقوق – لجامعة روبر شومأن فى ستراسبوغ – منشورات لحلبى الحقوقية – ط ١٩٩٩م ص ٤٠ وما بعدها

لا غبار عليه وقد سلمت بهذا الحق العديد من الدول التى نظمت مثل هذا النوع من الأعمال الطبية كما يترتب أيضاً على الأخذ بهذه النظرية[1] أن الإنسان له حق التصرف فى منتجات أعضائه كيفما يشاء متى كان ذلك لا يتعارض مع الحماية التى فرضتها التشريعات.

رأى الباحثة:

لو سلمنا جدلا باتفاقنا مع الرأي السابق باعتبار أن الإنسان له ملكية التصرف فى نفسه وفى أعضائه ومنتجاته الجسدية - .. ..فماذا يحدث لو استحضرت الزوجة نطفة زوجها خلسة أى دون علمه، على اعتبار أن لها الحق فى الإنجاب منه ولقحت نفسها بمائه بناء على حرية التصرف فى جسدها، وبعد ذلك استأجرت رحم امرأة لوضع نطفة الأمشاج فيه لتكملة رحلة الحمل حتى الإنجاب؟ وهل يحق للزوج رفع دعوى قضائية على زوجته بحجة أن هذا تم دون علمه على أساس ملكيته لمنتجاته الجسدية؟

وهناك سؤال أخر ما النتيجة لو إستخدمت إمرأة رحمها لصالح الغير دون علم زوجها؟ فهل يحق له تقاضيها على أساس أن حقه حق اختصاص على رحم زوجته بموجب عقد الزوجية؟

---

(١) د/ احمد شرف الدين د/ السيد عيد نايل – المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية الحق – طبعة ٢٠٠٢ م ص ١٨٣

فقد قضت محكمة Saintes الجزئية بتعويض أحد الأزواج عن الضرر الجنسي الذي لحقه نتيجة للأنقطاع المؤقت للعلاقات الجنسية interruption temporaire des relations sexuelles وقد حدث ذلك عندما قام أحد الأطباء بطريق الخطأ بمس قضيبه بحامض الخليك المركز بدلا من حامض الخليك المخفف إلى نسبة خمسة بالمائة وترتب علي ذلك أنه لم يتمكن من مباشرة العلاقة الجنسية مع زوجته لمدة شهرين ونصف وانطلاقا من الملاحظة الاجتماعية التي تفيد بأن المتوسط العام للعلاقة الجنسية بين الرفيقين في فرنسا هو مرة في الأسبوع فقد أستخلصت المحكمة أن المضرور "يكون له حق مشروع في الادعاء بأنه قد حرم من عشرة من اللقاءات الجنسية مع زوجته".
"peut legitimement se plaindre d'avoir ete privee de dix rapports conjugaux".

وقد طالب الزوج بتعويضه بمبلغ اثني عشر ألف فرنك محدداً قيمة اللقاء الجنسي بألف ومائتي فرنك ولكن المحكمة كانت أقل سخاء وحكمت بتعويضه عن الضرر الذي أصابه بمبلغ ثلاثة آلاف فرنك.

ماذا يحدث لو توقفت صاحبة الرحم المستأجرجراء هذه العملية أو لو أصيبت بمرض نتيجة هذا الفعل؟ هل يحق لزوجها التعويض من الزوجين أصحاب النطف عما لحقه من ضرر.

ومن الأسئلة السابقة يبدوا لنا أن هناك ضررا لحق بالزوج أى زوج صاحبة الرحم المستأجر، وهذا الضرر يتمثل فى نقتطين: الأولى حبس حقه فى الإنجاب لضمان عدم اختلاط الأنساب فى رحم زوجته المستأجر لصالح الغير، الانقطاع المؤقت للعلاقة الجنسية لعدة شهور بسبب حمل زوجته من الغير، مما يؤدى احيانا إلى فقدان الرغبة الجنسية لزوجته صاحبة الرحم المستأجر مما يؤدى إلى تحقق الضرر الجنسي

وتوطئة للحديث فى تمييزه عن غيره من أنواع الأضرار فقد بات لازما أن نضعه فى موضعه من التقسيمات والأنواع المختلفة للضرر ومن خلال رؤيتنا نرى أن الضرر الجنسي الذى لحق بزوج صاحبة الرحم المستأجر هو صورة من صور الضرر الجسدي[1].

[2] وجديربالذكر أن نذكر ما أيدته محكمة النقض من أن المساس بسلامة

---

(١) للايضاح راجع هذا T.i. saintes، 6 janv 1992 ; DALOZ 1993 p. 28 الحكم: BOURRIE QUENILLET: op cit. p CA Montpellier، ch. Corr. 18 avr. 1991: Juris-Data n°000029 –
مشار إليه لدى: BOURRIE-QUENILLET: op. cit. p.4

(٢) وهناك سابقة قضائية أخرى
أيدت محكمة استئناف مونبلييه بتوافر الضرر الجنسي لدى امرأة تعرضت لحادث مروري ترتب عليه حرمانها من الحياة الجنسية المشبعة والمرضية une vie sexuelle satisfante إذ فقد زوجها رغبته الجنسية تجاهها نتيجة لما أصابها من عجز وذلك علي الرغم من أن الحادث لم يؤد في حد ذاته إلى إصابتها بالبرودة أو العجز الجنسي وقد عوضت المحكمة الزوجة التي تبلغ من العمر ثلاثة وأربعين عاما عن الضرر الذي أصابها بمبلغ مائة وعشرين ألف فرنك كما قضت بتعويض الزوج بمبلغ ثلاثين ألف فرنك.
ويجدر الاشارة هنا إلى أن الفقه التقليدي قسم الضرر إلى قسمين الأول الضرر المادي الذى يصيب المضرور فى جسمه أو ماله والثاني الضرر الادبى الذى يصيب المضرور فى شعوره وشرفة ويرى أصحاب هذا الفقه أن المساس بسلامة الجسد يمثل ضررا ماديا وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية"ولقد اعتنقت محكمة النقض المصرية هذا الإتجاه الأخير. فقد اعتبرت المساس بسلامة الجسم وفقد الحياة أو ضرر الموت من الأضرار المادية. فقد قضت الهيئة العامة للمواد المدنية في حكم هام بتاريخ ٢٢ فبراير
=

الجسم يعتبر ضررا واجب التعويض حتى ولو لم يترتب عليه خسارة مالية، وهذا ما أيده الفقه المصري والمقارن. فالمساس بسلامة الجسم يترتب عليه الضرر الموجب للتعويض، ولكننا نرى أن محكمة النقض قد وضعت مفهوما واسعا للضرر الذى يصيب سلامة الإنسان فى جسده بل وألحقته بالضرر المادي أو الأدبى، فى حين أنه كان يجب أن يصنف الضرر الجسمانى كنوع مستقل عن باقي الاضرار وينفرد تحت مسمى " الضرر الجسدي"

وذلك لما يترتب عليه من أهمية تتمثل فى حياة الإنسان، وبالتالي سوف يتجه المشرع لوضع قواعد قانونية تجرم المساس بالجسد الإنساني، هذا بالإضافة إلى توقيع العقوبات على من ينتهك حرمة هذا الجسد[1].

=

١٩٩٤ بأن المساس بمصلحة مشروعة للمضرور في شخصه أو في ماله إما بالإخلال بحق ثابت يكفله له القانون أو بمصلحة مالية له يتوافر بمجرده الضرر المادي وكأن حق الأنسان في الحياة وسلامة جسمه من الحقوق التي يكفلها الدستور والقانون وجرم التعدي عليه ومن ثم فأن المساس بسلامة الجسم بأي أذى من شأنه الإخلال بهذا الحق يتوافر به الضرر المادي. نقض مدني ١٩٩٤/٤/٢٢ مجموعة المكتب الفني السنة ٤٠ عدد ٢ ص ٥ قاعدة أ. وبناء عليه أعتبرت التعذيب مساسا بسلامة الجسم يتوافر به الضرر المادي... وبهذا القضاء عدلت محكمة النقض عن قضائها السابق الذي كان يعرف الضرر المادي بأنه مساس بمصلحة مالية فينتفي وقوع ضرر مادي إذا لم يثبت لدى المحكمة أن الإصابات التي لحقت بالمدعي من جراء تعذيبه من شأنها أن تخل بقدرته علي الكسب أو تكبده نفقات للعلاج. نقض مدني ١٩٨٤/٣/٢٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٣٥ ج١ ص ٨٧٨ رقم ١٦٧" حسام الأهواني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، المجلد الثاني: المصادر غير الإرادية، نبذة ٥٣ ص ٦٧ وهامشي ٢، ٤ بذات الصفحة.

(١) لم يرد في نصوص القانون المدني عبارة الضرر المادي. فلم يرد في المادتين ١٧٠، ١٧١ سوى عبارات الضرر. أما المادة ١/٢٢١ فكل ما ورد بها يتعلق بتعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب وهذا هو ما جعل محكمة النقض ترفض إبان فترة من الزمن تعويض الضرر الذي لا يتمثل في خسارة أو في فوات كسب مالي. والواقع أن المشرع لم يسم سوى الضرر الأدبي صراحة والضرر الجسماني ضمنا. فقد أجازت المادة ٢/٢٢٢ تعويض الضرر الأدبي الناجم عن الضرر الجسماني المتمثل في موت المصاب.

ونرى أن الفقه المصري المعاصر قد أيد في مجمله هذا الفقه السابق صراحة أو ضمنا فحرص الفقه المصري دائما علي التأكيد علي أن المساس بسلامة الجسم يرتب ضررا ماديا وضررا أدبيا معا وهو ما يعني التسليم ولو ضمنا بأن هذا الضرر في حد ذاته ليس ضررا ماديا فحسب كما نادي أيضا بعض الفقه صراحة بعد التقييد في شأن الضرر الجسدي بالمعنى التقليدي للضرر تجنبا لما قد ينتج عن ذلك من حرمان المضرور من

=

- وتبادر إلى ذهني سؤال ماذا لو امتنعت الأم صاحبة الرحم المسخدم عن إرضاع الطفل بعد ميلاده فى حالة رفضه لأي غذاء بديل باعتبار أن اللبن ملك لصاحبة الرحم المسخدم لصالح الغير كمنتج من منتجات جسدها؟ فهل ستصنف قضية قتل عمد على أساس أن البعض يرون[1] أن السلوك السلبي يعتبر جريمة إذا كان الامتناع هو السبب فى حدوث النتيجة وفقا لمجرى العادة للأمور وأن يكون الممتنع ملتزما بحكم القانون أو بمقتضى عقد بالتدخل لإنقاذ حياة المجني عليه أو رعايته.

ونحن نرى كما يرى البعض[2] أن من الجرائم ما يقع بالفعل الايجابى أى المباشر وحده ومنها ما يقع بالترك وحده وتطبيقا لما سبق نرى أن صاحبة الرحم المستأجر مسئولة عن جنينها التى ولدته حكما لأننا نرى أن الطفل المتخلق من جراء هذه العملية ابن للاثنتين معا الأم بالنطفة الأنثوية أو (البيولوجية) والأم بالرحم ؛ لأنه حتى يومنا هذا يوجد تضارب بين أراء الأطباء حول مسألة الموروثات بين الأم بالرحم والجنين التى تحملة بأحشائها، ونرى حتى لو لم يأخذ منها غير الدم كغذاء يعتبر ابننا لها بالاشتراك مع الأم البيولوجية قياسا على الأم بالرضاع.

وأخيرا نرى أنه لا يمكن التسليم بأن الحق فى سلامة الجسد سلطة إرادية تخول لصاحبها إباحة التصرف فى جسده كيفما يشاء، ولو أدى ذلك إلى الإخلال بباقي أعضاء جسده، طالما كان هذا التصرف لا يضر بالآخرين، لأن الجسد من وجهة نظرنا المتواضعة هو ملك لله تعالى، أما الإنسان فله حق الانتفاع به على سبيل الوديعة التى منحنا الله إياها، لأن لو سلمنا جدلا بأن من حق الإنسان أن يتصرف فى جسده كالمالك فيما يملك لأدى ذلك إلى إباحة كل تصرفات الفرد على جسده طالما كان هذا التصرف بإرادته ولو أدى ذلك إلغاء أى

=

التعويض في بعض الحالات د/ طه عبد المولى ابراهيم – مشكلات تعويض الاضرار الجسدية فى القانون المدنى – رسالة دكتوراة – المنصورة ٢٠٠٠ دار الفكر والقانون ص ٨٩ وما بعدها

(١) د/ على بدوى – الأحكام العامة فى القانون الجنائى ص ٧٤

(٢) د/ عوض محمد – جرائم الاشخاص والاموال – ص ١٩

عضو أو منتج من جسده فمثلا تستطيع أى امرأة التصرف فى رحمها لمصلحة الغير نظير مقابل أو بالتبرع دون مراعاة لحق الآخرين عليها كالزوج مثلا ، أو لو سلمنا بصحة هذا الرأي لكان من حق الأزواج استحضار النطف الآدمية من أعضائهم وغرسها فى رحم أخرى عضو تناسلي أخر، لا شك فى أن هذا يتعارض مع القواعد المستقرة فى الأنظمة القانونية التى تضع ضوابط تنظم المجتمع لأداء كل فرد فيها وظيفته الاجتماعية على أكمل وجه، هذا بالإضافة إلى أن الإنسان هو صاحب الذمة فكيف يكون المالك والمملوك شيئا واحدا.

مما لا شك فيه أن القول بحق تصرف الإنسان فى جسدة يرجع إلى أرادته بموجب حقه لملكية جسده ومنتجاته سوف يؤدى إلى ممارسة نوع من أنواع الاتجار بأعضاء ومنتجات جسده وخاصة فى بعض دول مثل الهند التى تشتهر بتجارة تأجير الأرحام؛ وذلك لقلة تكاليف هذه العمليات هناك حتى أنهم اعتبروها وظيفة يرزقون منها هناك.

الرأى الثانى: إلى أن التصرف فى الأعضاء التناسلية والنطف الآدمية مصلحة يكفلها القانون :

يرون أن الإنسان له الحق في التصرف عن جزء من جسمه إذا كان ذلك لا يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة، أى أن يستهدف التنازل تحقيق غرض مشروع وهو العلاج، وألا يكون من شأنه إعاقة الشخص عن القيام بمهامه تجاه المجتمع. كما يرون أن علاقة الإنسان بجسده ليس حقا بالمعنى الفني أو القانوني[1] لهذه الكلمة وأنما هى حرية يمارسها الإنسان على جسده، إلا أن هذه الحرية مقيدة بما لا يضر بالمصالح المتعلقة بالحياة والسلامة الجسدية[2].

---

(١) د/ محمد المرسى زهرة – الإنجاب الصناعى مرجع السابق – ص ٢٦١ -

(٢) وقد عرضت في إيطاليا قضية طبيب نزع من طالب يدعى **paul salvatori** بعض غدده الجنسية برضائه مقابل مبلغ عشرة آلاف ليرة إيطالية وزرعها لرجل برازيلي ثري يدعى لابونيا على طريقة فورنوف ولكن محكمة نابولي الجزئية قضت ببراءته استنادا إلى أنه لم يحصل من جراء هذه العملية ضرر للطالب وقررت أن هذه العملية مشروعة لأن رضاء المجني عليه يبرر الاعتداء على سلامة جسمه طالما أن هذا الاعتداء لا يؤدي إلى عجزه عن القيام بوظيفته الاجتماعية، ونزع خصية من الخصيتين من أى رجل لا يحدث أى ضرر، فالطبيب الجراح الذي قام بهذه العملية قد أحدث جرحا بسيطا يمكن تبريره برضاء المجني عليه، ومن ثم لا يسال الجراح عن نتائجها طالما أنه التزم في إجرائها القواعد الفنية. وقد تأيد هذا الحكم أستئنافيا

علي أساس أن نزع خصية شخص لزرعها في جسد شخص آخر لا يضعف دائماً عضو التناسل، فالرضاء بإجراء هذه العملية لمصلحة الأقارب أو المقربين يكون صحيحاً تطبيقا لنص المادة ٥٠ من قانون العقوبات الإيطالي الذي يقرر بأنه لا عقاب على من يعتدي على حق الغير أو يجعله في خطر، إذا حصل ذلك برضا صاحب الحق، وكان من الجائز التصرف في الحق. وقد طعن في الحكم بالنقض غير أن محكمة النقض أقرت الحكم المطعون فيه[(١)].

نرى كما يرى بعض الفقهاء أن هذا القضاء منتقد، لأن استئصال خصية واحدة مع الإبقاء على الأخرى وأن كانت لا تقلل من قدرة الفرد على الإنجاب، إلا أنها تضعف عضو التناسل وتؤثر بصفة دائمة على الجهاز التناسلي، كما أن خصية واحدة لا تقوم بوظائف الخصيتين كاملة. وإلا ما كان الله عز شأنه أوجدهما بنا هذا بالإضافة إلى أن رضاء المعطى بالتنازل عن إحدى خصيتيه لا يعتد به لأن الغرض من تنازله عن أحدى خصيتية جاء لغرض مخالف للنظام العام، لأنه غرض مادي وليس علاجيا[(٢)]. هذا وقد نصت المادة الخامسة من القانون المدني الإيطالي على تحريم كل تصرف من شأنه أن يؤدي إلى المساس الدائم والخطير بجسم الإنسان، وكذلك كل تصرف يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب العامة.

تعليق الباحثة:

نرى أن حق الإنسان فى المساس بسلامة جسده كعملة لها وجهان :

الوجه الأول الجانب الفردي ويتمثل فى مدى إمكانية حق الإنسان فى الانتفاع بجسده مما يجعله يباشر وظائفه على النحو الطبيعي الذي حدده الله وهذا لا يحدث إلا إذا تحقق للفرد الحماية التى تساعده على الاحتفاظ بالتكامل الجسدي.

---

(١) Cass 31 janvier 1934، dans anali 1934 505 للميد من الأيضاح راجع أنطوان فهمى المرجع السابق – رقم ٢٨٣ هامش رقم ٢٢٤ ص ٤٤٥
- راجع dierkens op cit.، no. 75،

(٢) simon (j) ; op. cit. p. 471

أما الوجه الثانى هو الجانب الاجتماعي الذى يتعلق بالنظام العام، الذى يتمثل فى ضرورة حفاظ الفرد على سلامة جسده كي يؤدى جميع واجباته تجاه المجتمع، لأن إذا كان هناك مساس بسلامة جسده فسوف يعجز الفرد على القيام بالتزاماته، ونحن نؤيد وجهة النظر الذى قام على أساسها القضاء فى القضية السابقة من حيث أن رضاء المجني عليه أو عدم رضائه يعتبر باطلا؛ لأن كل تصرف يمس سلامة الجسد لا يعتد به ويكون مخالف للنظام العام.

ذهب الرأى الثالث: إلى ان أحقية التصرف فى الأعضاء التناسلية والنطف الآدمية من الحقوق اللصيقة بالشخصية.

انقسم أصحاب هذا الرأي إلى قسمين: أحدهما مؤيد بأن التصرف فى الأعضاء التناسلية والنطف الآدمية من الحقوق اللصيقة بالشخصية، والآخر معارض لهذا الرأي وسنقوم بشرح كل منهما على التوالى:

ذهب الفقه المؤيد بأن هذا الحق[1] تقرر للإنسان منذ الميلاد، فبمجرد ولادته حيا تثبت له الشخصية القانونية، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١/٢٩ من القانون المدنى بقولها: تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته[2].

كما يرى البعض أن الحقوق اللصيقة بالشخصية حقوق غير مالية إلا أنها قد تستتبع الآثارالمالية إذ ا تم الاعتداء عليها يترتب عليه حقا ماليا كتعويض لأصحابها عما حدث[3].

وتطبيقاً لما سبق سوف نستعرض هذه الأسئلة:

ماذا يحدث لو توقفت صاحبة الرحم المستأجر جراء هذه العملية أو لو أوصيبت بمرض نتيجة هذا الفعل.

---

(١) د/ عبد الحى حجازى – نظرية الحق – ط الثانية – ١٩٥٢ م – ص ١٤

(٢) د/ عبد الله مبروك النجار – مبادىء فكرة الحق – ص ١٩٩ ط أولى ١٩٩٤ م

(٣) د/ حسن كيره – اصول القانون – دار المعارف ط ثانية – ١٩٦٩م – ص ٤٣٦ – د/ احمد شرف الدين – د/ السيد عيد نايل – المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية الحق ط- ٢٠٠٢م – ص ١٧١

وعلى الوجه الآخر ماذا يحدث لو تعرض الجنين أثناء وجوده فى الرحم المستأجر إلى أذى عن طريق دم صاحبة الرحم بتعاطيها أى دواء عن طريق الخطأ مثلا أو العمد فهل يستوجب هذا الضرر تعويض لأصحاب النطف؟ أو سينشأعن هذا الضرر مسئولية تقصيرية؟ أم سنكون أمام جريمة تبديد؟

بما أن من خصائص الحقوق اللصيقة بالإنسان أنها غير مالية إذا سنطبق مبدأ عدم جواز التعامل والتصرف على رحم المرأة سواء أن كان عن طريق الإيجار أو التبرع أو الهبة وبناءا عليه لا يجوز التعامل على رحم المرأة إلا أنه قد يرد على هذا المبدأ استثناء فيما يتعلق بالاتفاقات المتعلقة بالحق فى السلامة الجسدية إذا تمت وفقا لما نصت عليها القوانين الخاصة بالتبرع بالأعضاء التناسلية لذلك للإجابة على هذه الأسئلة ينبغى علينا التعرض محل الحق لتصنيف نوع الجريمة وهذا سيأتى أن شاء الله فى مبحث القادم هذا وقد أيد القانون المدنى المصري وكذلك نظيره اليمنىبأن صفة حق الإنسان على جسمه يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية حيث نص على أن " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من حقوق الشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما لحقه من ضرر "[1].

تعليق الباحثة:

نحن نتفق مع الفقه القائل" إن تلك الحقوق التى تستمد أصلها من الشخصية وتكفل للشخص الانتفاع بنفسه وبكل ما هو مرتبط بنفسه ارتباطا لانفصام له.. ولا تتكون حقوق الشخصية من سلطة تتقرر للشخص على نفسه يكون له بمقتضاها أن يتصرف فى نفسه كيفما شاء وإنما هى حقوق موجهة نحو غيره بقصد الاعتراف بوجود هذا الشخص وحماية وجوده.

نؤيد هذا التعريف من حيث أن هذه الحقوق تتقرر للشخص على نفسه منذ الميلاد وأنها لمنفعته فقط وأنها قررت لتكون حقوقا موجهة نحو غيره بقصد الاعتراف به وإضفاء الحماية عليه.

---

(١) المادة ٥٥ من القانون المدنى والمادة ٤٧ من القانون المدنى

ولكني اختلف معه من حيث أنه اغفل مصدر هذه الحقوق، ومن هو الذى يملك التصرف فيها، فالله - سبحانه وتعالى - أودعها فى البشر وأنا أعنى كلمة أودعها بالتحديد لما ترتبه من الآثار وبالتالي لا يملك الإنسان على نفسه شيئا ولا حتى التصرف فيه إلا فيما حدده الله صاحب الحق.

الرأي المعارض لفكرة التصرف فى الأعضاء التناسلية والنطف الآدمية من الحقوق اللصيقة بالشخصية، رفض أصحاب هذا الرأي فكرة وصف الحق على حقوق الشخصية واعتمدوا على الأدلة الآتية[1].

بما أن من اركان الحق: صاحب الحق والمحل الذى يرد عليه الحق، إذن فهذا المفهوم لا ينطبق على كل حقوق الشخصية كالحق فى الحياه والحق فى السلامة الجسدية.

لو سلمنا بفكرالاعتراض: بالشخصية، لأدى ذلك إلى نتائج غير مقبولة، فالاعتراف بحق الحياة والحق فى سلامة الجسدية معناه الاعتراف بالحق فى الانتحار.

الرد على هذا الاعتراض:

بما أن فكرة الحق لا تتنافى مع تقيدها للصالح العام إذ يجوز حظر بعض صور استعمال الحق أو التعسف في استخدامه، هذا التصور ليس إلا نتيجة خطأ فى فهم فكرة المحل من الناحية القانونية لأنه ليس من اللازم أن يكون المحل دائما معينا اذ قد يكون وعاء الأنتفاع والحق فى حقوق الشخصية هو علاقة بين صاحب الحق والكافة ويقتضى هذا الحق يمتنع على كافة المساس به[2].

رأى الباحثة:

نحن مع الرأي المعارض لفكرة وصف الحق على الحقوق الشخصية، من حيث أن صاحب الحق هو الله ومحل الحق هو الإنسان فكيف يتصرف الإنسان فيما لا يملك فلو سلمنا بأن الإنسان يمكن أن يتصرف فى نفسه بموجب أنه يحق له باعتبار أن هذا من الحقوق اللصيقة بشخصية فهذا معناه الإعتراف له بالحق فى

---

(١) للمزيد من هذه الأدلة راجع د/ محمد شرف الدين - د/ السيد عيد نايل - المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية الحق ط- ٢٠٠٢م - ص ١٦٥ وما بعدها

(٢) د/ على حسن نجيدة - نظرية الحق - المرجع السابق - ٥٢

الانتحار، فكيف يكون المالك والمملوك شخصا واحد، أما بالنسبة لحظر بعض صور استعمال الحق فنحن نرى أن الحق لا يتجزأ كما يرى أصحاب الرأي المعارض لوصف الحق على حقوق الشخصية، وجديربالاعتراض: أن يكون المحل معينا؛ لأن عدم اشتراط أو تعيين المحل يؤدى إلى الخطأ فى فكرة المحل

أن حقوق الشخصية لا يجوز التصرف بها بعكس الحق، حيث يجوز التصرف به بكافة أنواع التصرف ويكون لصاحب الحق مطالبة المعتدى على محل الحق أن يعيد الحال على ما كان عليه، وهذا بالطبع غير ممكن فى حالة الاعتداء على الحق فى الحياة على سبيل المثال

ويرد على هذا الاعتراض:

بأنه ليس من صفات الحق ولا من سماته وجوب رد محله فى حالة الاعتداء إلى ما كان عليه لأنه وأن كان التنفيذ العينى هو الاصل إلا أنه يجوز العدول إلى التنفيذ بمقابل إذا كان التنفيذ العينى مستحيلا[1] كما أنه ليس صحيحا أن نقول من شروط وجود الحق، قابليته للتصرف فيه والنزول عنه، بل هى لا تتعدى أن تكون صفات للحق لا يترتب على نفيها نفى صفة الحق، لأنه ما يعد من شروط الحق هو إمكانيته حماية ورد الاعتداء عنه.

- نعم أنا مع الرأي المعارض القائل بأن الحقوق الشخصية لا يجوزالتصرف فيها بعكس الحق فيجوز التصرف فيه بكافة أنواع التصرف ويكون لصاحب الحق مطالبة المعتدى على محل الحق أن يعيد الحال على ما كان عليه وهذا بالطبع غير ممكن فى حالة الاعتداء على الحق فى الحياه على سبيل المثال؛ لأنه كيف يجوز للمنتفع بالشيء وهو الإنسان ومحل الانتفاع وهو الجسد التصرف فى الوديعة التى بحوزته فهي أمانة إلى أن ترد إلى مالكها وهو الله - عز وجل - ولو كان لنا حق التصرف بها لكان من حق الإنسان أن ينهى حياته بنفسه لا يعاقب على ذلك.

---

(١) د/ على حسن نجيدة – نظرية الحق – المرجع السابق – ٥٣

وانطلاقا من هذا الرأي نرى أنه لا يجوز للمرأة أن تتصرف في رحمها إيجارا أو تبرعا بالحمل لصالح الغير؛ لأن حقها قاصر على الانتفاع به فقط، وحق الانتفاع قاصر على صاحبه، لا يجوز لغيره أن يباشره نيابة عنه.

ويضاف إلى ذلك. لا يجوز أيضا الحمل عن طريق الرحم المستأجر إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر زوجة أخرى (ضرة) لزوج صاحبة البيضة المخصبة وذلك لأنها لا يجوز لها أن تتصرف في رحمها تأجيرا أو تبرعا بالحمل لصالح الغير، لأن حقها عليه لا يتعدى حق نتفاع.

ونحن نرى أنه يجب إصباغ الحماية للأعضاء التناسلية والنطف الآدمية فى مواجهة أرادته المنفردة وذلك عن طريق حظر أى تصرف يقع على الرحم سواء بالايجارأو بالبيع أو بالتبرع مما قد يؤدى بالمساس بسلامة حياة المرأة يعتبر تعدى على ملكية الله لجسد الإنسان، ولكن حق الله غالب فيه. وعلى ذلك فلا يعتد برضاء صاحبة الرحم المستأجر وما ينطوي على مساس بالجسد باعتبار أن الرحم جزء منه، لتعلق الأمر بمصلحة الجماعة ونظامها.

كما يقول البعض أن جسد الإنسان يعتبر من الحقوق المشتركة بين حق الله تعالى وحق العبد وحق الله تعالى هو الغالب[1]. ومن خلال رؤيتنا عن الموضوع نختلف مع الرأي السابق الذى يرى أن حق التصرف فى جسد الإنسان يعتبر من الحقوق المشتركة بين حق الله تعالى، وحق العبد وحق الله تعالى لهو لغالب؛ لأننا نرى أن جسد الإنسان يعتبر من الحقوق الخالصة لله تعالى، ولا يحق للمرأة تأجير رحمها أو التصرف فيه، لأن الرحم عضو من أعضاء الجسد، والجسد ملك لخالقه، إذن لا يجوز التعامل على ما لا نملك هذا فيما بين الإنسان وربه أما فيما يتعلق بحق العباد حق العبد يقبل الإسقاط والتملك ومما تقدم نستنتج بما أن الإنسان لا يملك حق التملك على نفسه البشرية لأنها كما ذكرنا ملكا لله تعالى؛ إذ يجرم ويقع فى دائرة العقاب أى تصرف يقع من الإنسان ويؤثر على سلامة جسده.

(١) شرح الازهار – الجزء الثالث – ص ٣٠ التاج المذهب – الجزء الثانى – ص ٣٤٠ – د/ حسن الشاذلى – انتفاع الانسان بأعضاء جسم انسان اخر حيا او ميتا – بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الاسلامى – العدد الرابع – ط الاولى ١٩٨٨م ص ٢٨٨

ومن هنا يتضح أنه لا يجوز مطلقا بيع الأدمي ولو شعرا بعد انفصاله[1] وتطبيقا لهذا الكلام يجدر بنا قول رسول الله ﷺ "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فأستوفى منه ولم يوفه أجره"

هنا تبادر إلى ذهني علاقة تأجير المرأة لرحمها ويعد ذلك تقوم بتقديم طفلها على طبق من فضة إلى امرأة ثانية مقابل مبلغ من المال ألا تشاركني الرأي فى أن هذه العلاقة تشبه قول رسول الله " ورجل باع حرا فأكل ثمنه " نحن نرى أن الطفل الناتج من هذه العلاقة يشبه الحر الذى باع وأكل ثمنه أى باعته المرأة صاحبة الرحم المستأجر للمرأة صاحبة النطفة الأنثوية بعد تمام نضجة.

ويضاف إلى ذلك أن حق الله فى حياة الإنسان وسلامة أعضائه يكون بهدف عدم إعاقة الشخص من القيام بالتكاليف الشرعية إذ يقول الله تعالى فى كتابه الكريم [وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالإِنسَ إِلاَّ لِيَعْبُدُونِ][2] ما حق الشخص فى جسده فيكون له حق الانتفاع لتحقيق مصالحه فقط[3] وبالتالي فلا يسوغ له بحال من الأحوال أن يتصرف بشيء منه.

من خلال رؤيتنا للموضوع نستنتج أن رحم المرأة من الحقوق التى لا تقبل التملك لأنها ملك لله - عز وجل- ولا يحق لها سوى الانتفاع به لصالحها فقط وبالضوابط الشرعية التى حددت لها اما التصرف به لما يعود عليها بالأذى فيكون من قبيل الاعتداء على حق الله فى هذا الجسد.

المطلب الثالث

سلطة صاحبة الرحم فى ممارسة حقها على سلامة جسدها

جاءت النظم القانونية لحماية حقوق الإنسان والتى من أهمها حق الإنسان فى سلامة جسده، ونود أن نبين طبيعة هذه السلطة التى خولت للإنسان

(١) أبى عبد الله محمد ابن ماجة سنن ابن ماجة – دار احياء الكتب العربية ١٩٥٣ الجزء الثانى ص ٨١٦

(٢) الذاريات: الايه ٥٦.

(٣) د/ محمد سعيد رمضان البوطى انتفاع الانسان بأعضاء الجسم الانسان اخر حيا او ميتا – مجلة مجمع الفقه الاسلامي – العدد الرابع – الجزء الاول ١٩٨٨ ص ٢٠١، د/ محمد نعيم ياسين – المرجع السابق ص ١٥٥.

فى ممارسة هذا الحق على سلامة جسده، هل هو حق فردى يخول لصاحبه كل الصلاحيات بحيث يمكنه التصرف فى أعضائه كانتقال نطفه من المكان الطبيعي الذى خصصه الله تعالى له أو باستعمال واستغلال الأرحام لحساب أشخاص غير أصحابها؟ أم هو حق ذو طبيعة اجتماعية لا يستطيع الإنسان أن يتصرف فيه منفردا دون إرادة الجماعة؟ وللإجابة على هذا السؤال سوف نقوم ببحث الاتجاه الفردي للحق فى سلامة الجسد ثم الاتجاه الجماعي، وأخيرا سنقوم بعرض رأينا فى الموضوع.

أ- الاتجاه الفردي للحق فى سلامة الجسد:

يرى جانب من الفقه[1] أن الحق في سلامة الجسد يعنى الاعتراف للفرد بالحق المطلق على جسده، هذا بالاضافة إلى أن القانون يعترف له بالمصلحة في ألا تعطل وظائف الحياة في جسده وفي أن يحتفظ بتكامله الجسدي وأن يتحرر من الألأم البدنية. ويترتب علي الطبيعة الفردية للحق في سلامة الجسم أن لهذا الحق جانبا شخصياً يتمثل في مصلحة صاحبه في أن يظل جسده كما يريد علي أكمل وجه منحته الطبيعة. بحيث يستطيع أن يؤدى الالتزامات المطلوبة منه دون قيد، ومن هنا تقرر الاعتراف للفرد بالحق المطلق علي جسمه يستطيع أن يمارس عليه ما يشاء من الأفعال الماسة بسلامته طالما تمت بمحض إرادته[2]. ويترتب علي ذلك أن الجانب الفردي للحق في سلامة الجسم يتمثل في انعكاس الطبيعة الفردية لحق الشخص علي جسمه من ناحيتين[3]: إحداهما تقرير الحماية الكاملة لعناصر هذا الحق والأخرى الاعتراف له بممارسة كافة السلطات علي جسمه.

كما يرى أصحاب هذا الرأي أن كل ما في الكون مملوك لله تعالى، إلا أنه أباح لنا تملكه مادمنا نستعمله في الحدود المشروعة التي أحلها الله تعالى. ويمكن القول هنا بأن الجسم وأن كان وديعة من الله تعالى فقد مكن الإنسان من الأنتفاع

---

(١) أنظر في عرض هذا الرأي د/ محمود نجيب حسني – المقالة السابقة ص ٥٤٩ – د/ عصام أحمد محمد – الرسالة السابقة ص٢١٢.

(٢) د/ محمد صبحي نجم: رضاء المجني عليه كسبب للإباحة – رسالة دكتوراة – القاهرة، ص ٥ وما بعدها، د/ عصام أحمد محمد: المرجع السابق – ص ٢١٣، د/ محمد سامي السيد الشوا: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم – المرجع السابق – ٢٢.

(٣) د. أحمد محمود سعد: تغيير الجنس – المرجع السابق – ص ٣٧٢.

به والتصرف فيه كالمال فهو مال الله تعالى حقيقة كما أشار إلى ذلك القرآن الكريم بقوله تعالى: [وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ][1] ولكنه ملك الإنسان هذا المال بتمكينه من الاختصاص به والتصرف فيه وكما يجوز للإنسان التبرع بجزء من ماله لمصلحة غيره ممن يحتاج إليه كذلك يجوز التبرع بجزء من بدنه لمن يحتاج إليه.

والفرق بينهما أن الإنسان قد يجوز له التبرع أو التصدق بماله كله، ولكن في البدن لا يجوز التبرع ببدنه كله ولكن يجوز أن يجود ببعض بدنه لإنقاذ مريض من تهلكة أو ألم مبرح أو حياة قاسية. وإن كان يشرع للمسلم أن يلقي بنفسه في اليم لإنقاذ غريق أو يدخل بين ألسنة النار لإطفاء حريق أو أنفاذ مشرف علي الغرق أو الحرق، فلماذا لا يجوز أن يخاطر المسلم بجزء من كيانه المادي لمصلحة الآخرين ممن يحتاجون إليه[2]، ولو لم يكن كذلك لما كان العفو من حق الأفراد لأن حقوق الله لا تسقط بالعفو من أحد الناس[3].

ويرون[4] أن الإنسان يملك هذا الجسد ويستطيع الاحتجاج به في مواجهة الغير باعتباره مالكا. والدليل علي ذلك أن الدستور المصري في المادة "٤٣" أعطى الإنسان الحق في قبول التجارب الطبية والعلمية علي جسمه أو رفض تلك التجارب، وهذا أن دل فإنما يدل علي ملكية الإنسان لهذا الجسد، وإلا لما اعترف له الدستور بالقبول أو الرفض لهذه التجارب كما أن القانون لم يجرم الانتحار ولا الشروع والاشتراك فيه، وفي هذا اعتراف من المشرع بملكية الإنسان لجسده وإلا لعاقبه علي ذلك، لذلك يعتبر رضا المريض بممارسة العمل الطبي علي جسده لحمايته يعد شرطاً من شروط إباحة العمل الطبي[5].

---

(١) سورة النور جزء من الآية ٣٣.
(٢) د/ يوسف القرضاوي – فتاوى معاصرة – ٢/ ٥٣٠.
(٣) لمزيد من التفاصيل د/ محمد نعيم ياسين – المرجع السابق ص ٢٩.
(٤) أنظر في عرض هذا الرأي د/ محمد سعيد خليفة – الحق في سلامة الجسم – دار النهضة العربية ص ٤٠.
(٥) د/ محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – ص ١٨٥.
أنظر فى عرض هذا الرأى د/ عبد الحى حجازى – المدخل لدراسة القانون – نظرية الحق ص٢٤ – د/ محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص ٥٤٨ – عصام احمد محمد- المرجع السابق – ص ٢١٥ – ٢١٧

ب ـ الاتجاه الاجتماعي للحق في سلامة الجسد:

يرى البعض من الفقه أن الاتجاه الفردي ليس هو الطابع الوحيد للحق في سلامة الجسد بل يوجد جانب أخر يكملة، وهو الاتجاه الاجتماعي الذى يتمثل في حق المجتمع، ويترتب علي الاتجاه الاجتماعي نتيجة هامة هي ألا يعد رضا المجني عليه سبباً عاما لإباحة جرائم الاعتداء علي هذا الحق فالرضا تصرف في الحق ولابد أن يصدر من صاحب صفة فيه حتى ينتج أثره لإباحة الفعل وإذا رضى الشخص بهذا المساس اقتصر رضاؤه علي جانبه الفردي ولا يمس الجانب الاجتماعي.

بالنسبة إلى الفقه والاسلامى فيحرم أن يؤذي الشخص نفسه بأي وسيلة كانت كان يقطع عضوا من أعضائه لغير عذر ولو كانت عصمة الأعضاء حقا خالصا لصاحبها لما حرم عليه ذلك(1).

هذا وقد أيد القضاء المصري هذا المبدأ ورجح الجانب الاجتماعي للحق في سلامة الجسم فقضت محكمة النقض في ١٩٣٩/٦/١٢ بأن جريمة الضرب أو الجرح تتم قانوناً بارتكاب فعل الضرب أو الجرح عن إرادة الجاني وعلم منه أن فعله يترتب عليه المساس بسلامة الجسم فلا يؤثر في ذلك رضاء من وقع عليه الضرب أو الجرح(2). وفي حكم آخر لنفس المحكمة في ١٩٤٦/٤/٨ قولها أن رضا المصاب بما وقع عليه من ضرب أو جرح لا يؤثر في قيام الجريمة(3). وعلى ذلك يتضح التركيز علي الجانب الاجتماعي للحق في سلامة الجسم سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المصري.

ج ـ تقييم الباحثة:

من الملاحظ أن لتحديد طبيعة الحق فى سلامة الجسد من استقراء ما سرده الاتجاهان السابقان حول طبيعة هذا الحق سواء أن كان حقا فرديا يقتصر

---

(١) أ/ عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الإسلامي – المرجع السابق – ١/ ٤٤٧ – د/ حسن الشاذلي – المرجع السابق ص ١١١.

(٢) نقض ١٩٣٩/٦/١٢ – المجموعة الرسمية – السنة ٤١ – رقم ٧٦، ٩٠ من نفس المجموعة.

(٣) الطعن رقم ٦١١ السنة ١٩ ق جلسة ١٩٤٦/٤/٨.

ممارسته على الفرد وحده أم أنه حق اجتماعي لا يقدر الفرد على مزاولته دون مراعاة الأخذ باعتبار الجماعة، ومن ثم الآثار المترتبة على تطبيق هذا الحق سوف تنعكس على مصلحة الجماعة ككل، سوف لا يجد تفسيرا واضحا لطبيعة الحق فى المساس بسلامة الجسد لو أخذ بأحد الاتجاهين على حدا لأننا نرى أن الاتجاهين يكمل بعضهما بعضا لا نستطيع أن نعتمد على الحق الفردي وحده أو الحق الاجتماعي.

إذا فالجسد امانه من الخالق أودعها للأفراد كمثيلتها من النعم التى أودعها الخالق فى خلقه على أن يكون للفرد حق الحفاظ عليها وليس حق التصرف فيها حتى يحين ردها للخالق - عز وجل - ويكون الحساب على قدر العمل.

وجديربالذكر نرى أن الاتجاه الفردي ناقض نفسه من حيث اعترافه للفرد بممارسة كافة السلطات علي جسمه.

في الوقت الذى يرى أصحاب هذا الرأى أن كل ما في الكون مملوك لله تعالى، بالإضافة إلى أن الله أباح للفرد تملكه مرة وأخرى جعل الجسم وإن كان وديعة من الله تعالى فقد مكن الإنسان من الانتفاع به والتصرف فيه كالمال فهو مال الله تعالى فكيف يكون المالك والمملوك واحدا هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى جعلوا الجسم وديعة من الله.

نحن نتفق مع أصحاب هذا الاتجاه فى أن الله وحده هو المالك للجسد الإنساني، وأن هذا الجسد وديعة من عند الله لا يصح التصرف عليها، ونختلف معهم فى الأزدواجية ملكية الجسد لله ثم منح الله ملكيته للإنسان.

استدل أصحاب الحق الفردي فى سلامة الجسد فى أدلتهم على نص الدستور المصري في المادة (٤٣) الذى أعطى للإنسان الحق في قبول التجارب الطبية والعلمية علي جسمه أو رفض تلك التجارب وهذا أن دل فإنما يدل علي ملكية الإنسان لهذا الجسد.

نحن لا نتفق معهم فى هذا الاستدلال لأننا نرى أن المشرع عندما أعطى للإنسان هذا الحق كان قصده تضييق وتشديد الحصار على ممارسة التجارب التى تقع على الجسد الإنساني لما يترتب عليه من الأثار؛ حتى لا يترك العنان ويكون

الجسد حقل تجارب، مما يؤدى إلى إهدار قدسيته لا لملكية الإنسان لهذا الجسد وذلك قياسا عند دخول الفرد أحد الأماكن المؤجرة يجب الاستئذان من المستأجر وليس للمالك باعتبار الأول الحائز المنتفع لهذا المكان، وبالتالي يجب أخذ موافقة الإنسان فى إجراء التجارب الطبية عليه باعتبار أن الجسد وديعة من الله عنده وليس باعتبارة مالك له.

مما لا شك فيه أن الطبيعة البيولوجية للنطف تجعل من الصعب التعامل عليها ولذلك فكما أنه لا يجوز للإنسان التصرف فى جسده فأنه لا يجوز له التصرف فى المادة التى يتخلق منها الإنسان.

فسلامة الجسد من النظام العام وحمايتها أمر يستلزمه الصالح العام، وهذا إعمالا بالقاعدة " الأصل هو عدم جواز تصرف شخص فى سلامة جسمه؛ لأن رضاء المجني عليه لا يعد سببا من أسباب الإباحة فى الأفعال الاعتداء على جسم الإنسان.

ومما سبق تبين لنا أن الحق في سلامة الجسم في الشريعة الإسلامية من الحقوق الخالصة لله عز وجل وليس من حقوق العباد ولا من الحقوق المشتركة بين الله والعبد كالقصاص فالحكمة من جعل الله عز وجل طلب القصاص والعفو عليه للمجني عليه هو للزجر والعبرة فى العقاب الدنيوي وليس لازدواجية الحق بين الله والعبد فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في جسده بالقتل مثلاً أو بالتنازل عن أحد أعضائه بغير مبرر شرعي لأن الله خلق الإنسان لعبادته واستخلفه في الأرض وعليه القيام بالواجبات وعليه الالتزامات فلو ترك له العنان فى التصرف فلربما يسيء في استعمال حقه كما أنه قد يعطل بعض وظائف الجسم مما ينعكس علي قدرة الإنسان فيجعله غير قادر علي أداء الدور المنوط به تجاه نفسه وتجاه الله سبحانه وتعالى[1] وتجاه المجتمع.

يحسب للقانون المصري إصداره من القوانين التي تحدد الجزاءات في حالة الاعتداء على سلامة الجسد ولقد اجمع الفقهاء وكذلك القضاء على عدم

---

(١) الشاطبي – المرجع السابق – ٣١٨/٢.

الاعتداد برضاء المجني عليه في المساس بجسده[1]. وبناءً علي ذلك لا يستطيع الشخص أن يتصرف فى جسده كيفما يشاء.

ففي حالات تأجير الأرحام يتوافر الجانبان الجانب الفردي للحق فى سلامة الجسد المتمثل فى المصلحة الشخصية غير المشروعة لإفراد العلاقة والجانب الاجتماعي المتمثل فى الضرر الذى يعود على المجتمع فرغم أن للإنسان حقا فى سلامة أعضائه التناسلية والتمتع بالإنجاب إلا أن القيام بهذه العملية يكون غير مشروع وذلك لعدم أحقية الإنسان لتسخير نفسه أمام رغباته، فليس كل ما يهواه الإنسان يستطيع أن يفعله فهناك محظورات من الله - عز وجل - وضع لها تكليفا احيأنا تكون محرمة أو مكروهة أو غير مستحبة......

على الرغم من موافقة المرأة صاحبة الرحم المستأجر على استخدام رحمها لغرز نطفة أمشاج الغير بداخل رحمها إلا أن هذا الفعل يعد اعتداء على سلامة الجسد، ولا يحق لها فعل ذلك إلا إذا كان الشرع قد أباح الانتفاع به لحساب الغير.

ولحسم هذه المسألة تحتم علينا البحث فى الطبيعة القانونية لنطفة الأمشاج سواء أن كانت معلومة أو مجهولة الهوية عندما حصدت الحقول الطبية الطرق العلاجية التى تساعد على إعاقة الإنجاب، وقد يترتب على استخدام

---

(١) ويوافق الفقه المصري في ذلك التشريع الفرنسي فالإتجاه الغالب في فرنسا يجرد رضاء المجني عليه من كل قيمة كسب إباحة للمساس بالحق في سلامة الجسم ويبرر فقهاء القانون المدني ذلك بأن هذه الحقوق بطبيعتها ملازمة لشخصية الأنسان أما فقهاء القانون الجنائي فينظرون للمسألة من منطلق أن حقوق الفرد بصفة عامة مقيدة بحقوق غيره من الأفراد من جهة وبحقوق المجتمع من جهة أخري وأكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ عندما قررت أنه لا يعد من قبيل الجناية أو الجنحة التي تقترف عن عمد متى ارتكبت بناء علي تصريح القانون في حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو الغير وكذلك القانون الايطالي الذي يجرد رضاء المجني عليه من كل قيمة مادام فعل الاعتداء مخالفا للنظام العام والآداب العامة ويترتب عليه نقص دائم في الكيان.
كما قرر في المادة (٥٥٢) عقوبات إيطالي أن الأعمال التي يقصد من ورائها تغيير الجنس تنال من عناصر الحق في سلامة الجسم وتؤدي إلى أنتقاص دائم في تكامله حتى ولو كانت برضائه لعدم توفر ضرورة علاجية في هذه العمليات التي تدخل في دائرة التجريم البدني للشخص وكذلك القانون السوداي والكويتي والهندي. أنظر في تفصيل ذلك د/ محمد سامي الشوا – الرسالة السابقة – ص ١١٣ وما بعدها – د/ محيي الدين عوض – قانون العقوبات السودأني سنة ١٩٧٩ ص ٥٥٢.

هذه الوسائل المستحدثة بقاء النطف الآدمية خارج المكان الطبيعي الذى أعده الله لها وهو الرحم فى بنك المنى.

فالبحث فى طبيعة ووصف هذه البويضة المخصبة يرتبط فى الاصل بإخصابها بيولوجيا خارج وعائها الرحمى، وجودها تحت السيطرة البشرية دون أن يلحقها التطور الجينى، فلو أنها زرعت فى جدار الرحم لأستمر نمو الأطوارالجينية المتوالية، لتصبح فى الطور الأخير منها جنينا متكامل البنية والتصوير.وعندئذ تنسحب عليها مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بالحمل المستكن فى مختلف أطوار اكتمالها.

فنطفة الأمشاج محل هذا الكتاب إذا هى النطف الادميه المودعة أحد بنوك النطف والأجنة دون أن تنغرس فى جدار رحم الأنثى. وانطلاقا من ذلك يتبين لنا ضرورة تحديد ماهية الحق فى الحفاظ على البويضة المخصبة:

الحق فى الحفاظ على البويضة المخصبة هى المصلحة التى يحميها القانون فى أن تظل البويضة المخصبة مؤدية كل وظائفها على النحو العادى الطبيعي، وإلا تنحرف فى كيفية الأداء على النحو الذى حدده الله جل شأنه.

قد أثيرت فى فرنسا عام ١٩٧٠م، فيما يتعلق بالحماية القانونية للبويضة المخصبة بوصفها جنينا يستقر فى الرحم ومدى علاقة ذلك بالحرية الفردية للمرأة، حتى أن وصل الأمر بأن تلقح امرأة أجنبية بمنى رجل أجنبى ثم تزرع فى رحم امرأة أجنبية. ولن يكتفي بذلك بل وتداولت النطف الادميه بالبيع والشراء.

ونريد أن ننوه إلى أن البحث فى مسألة طبيعة البويضة المخصبة ليس للوصف التشريحي للجينات من الناحية الفسيولوجية ولكن لمعرفة تبنى أحد الآراءالمختلفة فيما بينهم وذلك حتى نصل إلى أن نطفة الأمشاج لها طبيعة قانونية وحماية لا يجب أن يستهان بها بالإضافة إلى أنه سيترتب على استعمالها من بنوك النطف أو بالتداول عن طريق البيع أو الشراء، الآثار بالغة الخطورة لذلك بدأ الجدل عند الفقه الفرنسي عام ١٩٧٠م تعكس مدى توافر الحماية القانونية للبويضة المخصبة مع التعرف على حقوق هذه البويضة تجاه الآخرين، وعلاقة ذلك بالحرية الفردية للمرأة فى الإجهاض، وأمام إغفال المشرع الفرنسي ببيان الطبيعة القانونية المتعلقة بها فقد اختلف فيما بينهم حول طبيعة هذه البويضات

المخصبة وانقسموا إلى قسمين، ولذلك سوف نعرض تلك الآراء على التوالى. ثم نقوم برصد رأينا تجاه هذه المسألة.

المطلب الرابع
موقف الفقة الفرنسي من تداول النطف الأدمية

انقسم الفقه الفرنسي إلى فريقين متعارضين حيث يرى الفريق الأول عدم جواز بيع النطف المنوية أو البويضات الادميه أما الفريق الثانى فيرى جواز بيع النطف الآدمية. ولكلا منهم الأدلة والأسانيد التى سوف نوضحها.

١ـ الرأى القائل بعدم جواز بيع النطف المنوية والبويضات الأنثوية:

يرى أصحاب هذا الرأى أن تداول هذه الأشياء بالبيع قد يؤدى إلى مخالفة النظام العام مما يصعب التغلب عليها. لأن التسليم بالبيع يعنى أن النطف الآدمية يمكن أن تكون محلا لحق ملكية، والإنسان ليس له على جسمه أى حق له طبيعة مالية.

وإذا سلمنا جوازا ببيع النطف الآدمية سوف يؤدى بنا إلى ظهور المعطيين donneurs ، ومما يؤدى ذلك إلى زيادة المخاطر التى تترتب على التزاوج بين الأقارب والعصيات **consangaintrre** ولقد لاحظ أصحاب هذا الرأى أن التعامل فى هذه الأشياء يكون من قبل الطبقات الفقيرة المحرومة **defavorisee** التى تلجأ إلى ذلك؛ حتى تستطيع العيش. ولقد لاحظ أضحاب هذا الرأى أن هذا هو عين ما يحدث فى دول العالم الثالث بالنسبة فى التعامل فى الدم " **N'est ce pas ce qui ce passe dans certains pays du tiers monde pour le sang**"(١)

وإذا كان بيع المنى البشرى والبويضات يعد عملاغيرجائز لهذه الأسباب فأن جواز التبرع به أو هبته لا يلقى نفس المعارض طالما أنه يتم بلا مقابل وطالما أن هدفه ينحصر فى مساعدة زوجين عقيمين على قهر العقم والتغلب عليه.

كما يشترط أن يكون المعطى مجهولا anonyme لأن محاولة معرفة مصدر السائل المنوى **geniteur** سواء من قبل الأم أو الطفل يؤدى صعوبات

---

(١) **Guy Raymond la pro creation artificielle et le francais، sem. jur 1983 -3114.**

والأم لا تحتمل[1] من ثم فلا يدفع المستفيد سوى مصاريف الحفظ والبحث والتدخل الجراحي.

ولتفادى كل تعسف ينادى الفقه الفرنسي[2] بأن تحدد السلطة العامة التعريفة التى تتبع فى هذا الشأن كما هو الحال بالنسبة للتبرع بالدم، وتقديم أو توريد لبن الأم lafourniture de lait maternel

تعليق الباحثة:

نحن نتفق مع هذا الرأى فى مسألة عدم جواز بيع النطف الآدمية ولكننا نختلف معه فى العلة من عدم الجواز، حيث يرى هذا الفريق أن التسليم ببيع هذه الأشياء سوف يؤدى إلى اختلاف أثمانها حسب اختلاف صفاتها مثل اللون والجنس ولون العيون داخل اللون الواحد والجنس الواحد وهذا سوف يؤدى إلى ظهور المعطين (المانحين)، كما سبق وأن أشرنا واقتصر أن يكون التعامل على النطف من خلال التبرع وليس البيع ، وهذا يعنى أن نكون أمام سوق عكاظ للتداول نطف البشر.

نحن نرى أن هذا الفريق ناقد نفسه فى بداية الأمر يرى أن الإنسان ليس على جسده حق من طبيعة مالية، وسرعان ما اقر بتبرع أو هبة النطف المنوية فكيف يكون ذلك، نرى أن الإنسان لا يحق له التصرف فى نطفه بالبيع أو التبرع ولأنها ليست محلا للحق.

٢ـ الرأى المؤيد بجواز بيع النطف المنوية والبويضات الأنثوية :

بادئة ذات بدء يرى أصحاب هذا الرأى أن جواز التعامل على النطف المنوية يتوقف إلى حد كبير على تحديد طبيعته ألقانونيه باعتباره محل الاتفاق[3].

كما يرى أصحاب هذا الرأى أن أثناء حياه الإنسان يكون الجسم والشخص مرتبطين بالضرورة ومن ثم يظل صحيحا القول بأن الجسم ليس

---

(١) (أنظر المعلومات التى قدمها فى هذا الخصوص: G. DAVID in droit de la GES ،christrion ATLAS ،Scientique p. 108 filiation et progress PARADOXES DU REALISME biologique en matiere de dact 3165 . ١٩٨٤ ،filiation

(٢) GUY Raymond op. cit. j.c.p. 1983 – 3114.

(٣) X A V IER L ABBE، L INSEMINATION aartificielle prartiquee après la mort du donneur ، gaz. pal 1984 – 401.

مرادفا للشخص فالجسم ليس الا الغلاف envelope أو الهيكل carcasse[1] وطالما أن الجسم يحمى موضوعه أو محتواه (الشخصى) فأنه يتمتع لذلك بحق من حقوق الشخصية، فيخرج نتيجة لذلك عن دائرة التعامل ويترتب على ذلك حتما أنه إذا لم يكن يحميه أو يحتويه لسبب أو لأخر فأنه لذلك يفتقد المبرر لخروجه من دائرة التعامل.

ومن ثم يقول "labbee أستطيع أن ابرم عقدا مع شخص كي أدافع عنه لكن لا أستطيع أن ابرم عقدا مع جثته أو مع لتر من الدم أو مع عضو مبتور"[2].

هذا وقد أجاز المشرع المصري بيع الدم وهو من الحقوق الشخصية فى القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ فيقاس عليه باقي الأعضاء.

فالشخص عندما يتبرع بعضو من أعضائه أو ببعض من دمه لشخص آخر فأنه لا ينقل له عنصرا من عناصر شخصيته، يحتفظ فيه بذاته، والمتلقي بدوره ليصير محملا بعنصر من عناصر شخصيه المعطى بل على العكس، فأنه العضو أو المنتج produit المعطى سوف يشكل جزء لا يتجزأ فى جسم المتلقى ويصير دعما أو سندا supporte لشخصيته.

ويرى هذا الفقه إذا كان الجسم هو وعاء الشخصية وغلافها، فأنه ليس المرادف لها حتما. ومن ثم يمكن أن نعطى للأعضاء أو ناتج الجسم الحماية التى تعطى للشخصية اتها.

وبذلك لا تعدو الأعضاء التى توجد فى بنوك حفظها، وزجاجة الدم الذى نحصل عليه من المتبرع الا أن تكون مجرد أشياء، ونفس الشيء يجب أن يقال عن المنى المحفوظ بالبنوك.

وهناك سؤال يطرح نفسه هل النطف الآدميه داخل أم خارج دائرة التعامل؟ مع العلم بأن الأشياء فى القانون لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد.

---

(١) M. DEKKERS ، LE CORPS HUMAIN ET LE DROIT ، travaux H. capitant 1975 t. XXVIP.

(٢) X A V IER L ABBE، la condition juridique du cadaver th lille 1981 p. 25

والإجابة على هذا التساؤل تقتضى تحديد المقصود بدائرة التعامل dans la commerce ونقصد بدائرة التعامل بصفة عامة أمكانية أن يكون الشئ محلا لاتفاق قانوني، وبذلك إذا كان الى خارج دائرة التعامل ، فأن ذلك يعنى أنه لايمكن أن يكون محلا لتصرف قانوني(١).

وطالما أن المشرع اعترف صراحة بمشروعيه الهبه أو التبرع به (دم أو منى مثلا) يعد شيئا داخل دائرة التعامل

إذ لو اعتبر المنى أو الدم أو أى عضو، شخصا، فإن ذلك كان يستلزم ضرورة عدم أمكان التبرع به، وعد إمكان بيعه، فلا يمكن أن نتبرع بشخص كما لايمكن أن نبيعه.فإذا كان المنى متبرعا به_ وهولن يكون الا كذلك فهذا يعني أنه شيء يمكن أن يكون محلا لعمل قانوني خاص، وهذا يعني أنه شيء داخل دائرة التعامل".

وإذا كان التبرع بالدم والأعضاء، وحتى التبرع بالجسم كله (بعد الوفاة طبعا) مصرح بهما صراحة.

الا أنه لا يوجد تشريع عام، يتناول مشروعية أو عدم مشروعيه المقابل لهذا العمل، فالنص الذى وضع فى عام ١٩٥٣لتنظيم نقل الدم فى فرنسا، على الرغم من كونه وضع مبدأ عدم المقابل، إلا أنه جاء فى عجزه وأن كان وقت المتبرع يمكن أن يعوض وهذا ما جعل الفقه يقرر دون تردد، أن هناك قرارات تحدد كل عام سعر الدم وكل مشتقاته، كذلك الحال بالنسبة للبن الأم(٢).

والاحتكام إلى القواعد العامه فى قانون الالتزامات والعقود لا يبطل الاتفاق إلا إذا فقد شرطا من شروط صحته. كان يكون سبب العمليه غير مشروع أو غير أخلاقي.

---

(١) راجع بيع الشخص لجثته X A V IER L ABBE th. precitee p. 178 et s.

(٢) F.CHABAS ، LE CORPS HUMAIN et ies actes juridiques en droit franceis، travaux l،association h capitant 1975 p. 240 - م ٣ من القانون رقم ١٦/ ١١٨١ الصادر فى ٢٢ ديسمبر الجريدة الرسمية ٢٣ ديسمبر ١٩٧٦لاالتى نصت على sans prejudice du rembaursment؛ detous les frais qu ils، peuvent ; accosionner، le prelevement ....ne peuvent donner a، avcune partie pecuniaire.

فالبيع لا يبطل الا إذا كان هدف البائع يخالف القانون أو النظام العام والآداب والإبطال هنا لا يكون الا إعمالا للقواعد العامه فى العقود " فلا يقال ببطلان كل اتفاق يقع بمقابل بصفه مطردة، بل الأمر يستدعى بحث كل حاله على حده.

ومن ثم كان الأستاذ دافيد على حق عندما قال "فى الحقيقة يمكن أن يباع الدم "بلباقة"decemment وهو ما يحدث فى غالب الأحوال، وأنه من المفيد اجتماعيا أن يباع الدم بحريه، وهذا لن يوقف كرم المتبرعين بلا مقابل، كما أن تنظيم بيعه لا يمكن أن يوهن أو يضعف الإحسان.... أما الذى لايمكن أن يباع الشخص.

إذ لو اعتبر المنى أو الدم أو أى عضو، شخصا، فأن ذلك يعنى أن نتبرع بشخص كما لايمكن أن نبيعه

، فإذا كان المنى وقال chabas" وبهذا يمكن أن ننتهي إلى أن جسم الغير، الذي لا يعد كلية خارج دائرة التعامل، يمكن أن يكون محلا لاعمال قانونية من طبيعة خاصة، قد تكون هبة أو اتفاقات وتخلي، abdicatives.

وأحيانا بالنسبة لبعض الأجزاء من الجسم (العظام، الدم....الخ) يولد حق ملكية لا ينتمي للمتبرع سواء أكان حيا أم ميتا، ولا إلى أقاربة، وانما هو يتولد عن هذه الاتفاقات لصالح الغير. ويمكن لهذا الغير أن ينقلة أو يتنازل عنة، في بعض الاحيان بمقابل.

- رأى الباحثة:

نرى أن هذا الفقه يحسب له بحث الموضوع من هذه الوجهة حيث أنه حاول تحديد طبيعة السائل المنوى تحديدا قانونيا وذلك عن طريق تكييفه قانونيا باعتباره محل الاتفاق.

ويؤخذ علي أصحاب هذا الرأى قياس الأعضاء وزجاجة الدم على المنى البشرى ولكن نرى أنه قياس مع الفارق، لأنه لا يوجد وجه مقارنه بين المنى وقطرات الدم التى تتساقط فى بطء من كيس يتدلى منه خرطوم رفيع تنغرس أحد أطرافه، فى وريد مريض قد تكون أملا يتمسك به للعودة إلى الحياه التى يكاد يغادرها لولا أن أخذت من وريد شخص أخر أما بأنسبه إلى المنى لا يمكن أن

نتبرع بشخص كما لا يمكن أن نبيعه فالذي يباع هنا هو النطف البشرية وهى ممثلة فى صورة الأشخاص مستقبلا. وأخيرا لو سلمنا على أن الدم أو المنى أوحتى لبن الأم بأنهم أشياء على اعتبار أنهم منتج متجدد خرج الجسم لا يستتبع حتما التسليم بإمكانية التعامل فيه.

هذا بالإضافة إلى أن القانون المصري رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ قد ورد على سبيل الاستثناء ؛ لأن الأصل عدم جواز المساس بالجسم فى القانون المصري وبالتالي الاستثناء لا يقاس عليه.

يعتبر الحق فى حماية جسم الإنسان من الحقوق التى يشملها القانون بالحماية، وهذه الحماية تمتد إلى كل أطراف القانون بجميع فروعه، ولذلك كان من الضروري تحديد نطاق هذه الحماية وبيان الأفعال التى تتعدى على هذه الحماية التى يجرمها القانون للحفاظ على الحق فى الحياة والحق فى سلامة الجسد،

فلو توافرت الحماية اللازمة للجسد لاحتفظ الإنسان بأكبر قدر من المستوى الصحي الذى يمكنه من مباشر وظائفه الطبيعية على أكمل وجه حتى يؤدى الإنسان الواجبات والالتزامات التى يتطلبها منه المجتمع.

وأخيرا لا يمكن أن نغفل دور الشريعة الإسلامية في ميدان حرمة جسد وروح الإنسان لم تبلغه ما سبقتها من القوانين، وإن كان القانون الروماني لم يغفل هذا الأمر حين أكد أن جسم الإنسان أسمى من الأموال حيث جاء في مدونة جستنيان ما يأتي: لا يعد أحد مالكا لجسده أو لأعضائه وبالتالي فأن جسم الإنسان يدخل في دائرة المعاملات المالية ثم تأكد ذلك في قانون أكويليا سنة ٢٨ ق.م.[1].

---

(١) أنظر الدكتور رمضان ابو السعود — الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني — جـ ٢ — النظرية العامة للحق — بيروت ١٩٨٣ ص ٥٠٧ - ٥٠٨.
أن حماية جسد الأنسان وسلامة الحياة نصت عليها التشريعات القديمة ولاسيما ما يخص مسئولية الأطباء عن اخطائهم المدنية فلم يغفل المصريون القدماء مبدأ التكامل الجسدي ولا الشرائع العراقية القديمة خصوصا شريعة حمورابي (المواد ٢١٨ - ٢٢٠). وكذلك الحال عند الاغريق.
عبد السلام التونجي — المسؤولية المدنية للطبيب — ١٩٦٦، ص ٣٣ وما بعدها.

هذا وقد عنى المشرع على صبغ الحماية الجنائية للحفاظ على سلامة جسد الإنسان ولذلك يتطلب منا أولا تحديد الحماية الجنائية للبييضة المخصبة.

المطلب الخامس

الحماية الجنائية للبييضة المخصبة

هناك حماية مباشرة وتكون بتطبيق نصوص القانون على الحق مباشرة فيجرم بعض صور المساس بالجسد كالتصرف فى النطف الآدمية أو تسخير المرأة لرحمها لحساب مصلحة الغير.

وكذلك عندما يضع المشرع نصوصا قانونية بهدف ضمان الحماية لحق أخر غير سلامة الجسد الإنسان ولكنه يسديها اليه من خلال حمايته للحق المقصود أصلا بالحماية مثل: -

حماية حق الجنين فى وجود حياه مستقره بعد مجيئه وهذا يتعارض مع انتماؤه لأكثر من أم (أم بالرحم (بالحمل- الوالدية) أو الأم بالنطفة (البيلوجيية) أو أم بالرضاعة)

وكذلك حبس حق الزوج صاحبة الرحم المستأجر على زوجته الحامل[1]، وانطلاقا من هذا هل رضا زوج صاحبة الرحم المستأجر بتأجير زوجته لرحمها على أساس أن هذه العملية سوف يترتب عليها حبس حق من حقوقه على زوجته ضروري لصحة إبرام هذا العقد، هذا إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر متزوجة؟، أما إذا كانت غير متزوجة فهل للمجتمع حق عليها فى إتمامها لهذه العملية وظهورها بهذا الشكل؟

وأيضاً فى جريمة سقوط المرأة (أجهاض) حيث تنطوي علي العدوان علي حق الجنين في الحياة فضلاً عن المساس بسلامة جسم أمه الحامل[2].

وقد ادت هذه التقنية إلى حدوث اعتداءات ومشاكل كثيرة، وبناء على ما سبق نرى من جانبنا أن عملية تأجير الأرحام تتوافر فيها أركان الجريمة مما

---

(١) د/ حسين عبيد – جرائم الاعتداء علي الأشخاص ص ١١٥، ١١٦ طبعة ١٩٨٣م.
(٢) محمد على الباز – المرجع السابق – ص ٩٣.

يجعلنا نحث المشرع المصري على وضع تقنين لهذه العملية، وانطلاقا من هذا الرأى نرى أنه يترتب على أتيانه هذه الجريمة عقوبة جنائية.

إن موضوع عمليات تأجير الأرحام أو تصرف الإنسان فى نطفه يخص مبدأ حرمة جسد الإنسان أي الحق في التكامل الجسدي، وعدم جواز المساس بسلامة حياة الإنسان اي تعطيل جميع وظائف الجسم أو بعضها كالمساس بسلامة الكيان البدني للإنسان، بالإضافة إلى أن هناك ضحية تترتب على عملية تأجير الأرحام وهى الجنين الناتج من جراء هذه العملية هذا الجنين حكم عليه أن يولد بطريقه غير طبيعية أى بغير الطريقة الفطرية التى حددها الله له فى الوجود مخلفا معه المشاكل المترتبة من جراء هذه الوسيلة من الإنجاب.

ومما لا شك فيه سوف تؤثر هذه المشاكل على دور هذا الطفل مستقبلا فى المجتمع أى أن هناك ضحية ثانية وهى المجتمع ونكون هنا بصدد عوامل متعددة محصلتها متوفرة فى أركان جريمة.

لذلك نقترح من جانبنا أن يتم وضع تقنين قانوني يضعه المشرع بناء على توافر عناصر وأركان الجريمة قياسا بجريمة الأجهاض مع الأخذ فى الاعتبار بالفروق الموجودة بين الجريمتين، لأننا نرى أنه هناك أوجه تشابه بهاتين الجريمتين من حيث أن المجني عليه واحد من وجهة نظرنا فى الجريمتين وهو الجنين الناتج.فالأجهاض يترتب عليه التعمد فى انهاء حياة جنين، أما الإنجاب بالأرحام المستأجرة ينتج عنها التعمد فى وجود حياة جنين كان من المفترض عدم إتيانه بسبب عقم الزوجة.

لذلك نلتمس من المشرع المصري بوضع تقنين يجرم جريمة تأجير الأرحام، وذلك كنظيره الليبي بتطبيق المادة رقم ٢٦١ عقوبات[1] على عملية

---

(١) وتنص المادة ٢٦١ عقوبات على أن: (كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلالتها عليها سواء كان برضائها أم لا يعاقب بالحبس). لذا فعقوبة إسقاط الحوامل هي الحبس.
كما تنص المادة (٢٦٠) عقوبات على أن: كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالأشغال المؤبدة. ويفترض هذا الظرف المشدد عدم رضاء الحامل بالإسقاط عن طريق العنف.

=

الإنجاب بوسيلة الرحم المستأجر وذلك لتوافر أركان الجريمة من وجهة نظرنا، وتتمثل فى ركن المحل القانوني فى الجريمة، والمتمثل فى رحم المرأة المستأجر الركن الماضى المتمثل فى فعل عملية الإنجاب فى الاستعانة برحم الغير، وأخيرا الركن المعنوي وهو القصد الجنائي وسوف نتناول كل ركن منهما على حدة.

ـ الركن الأول " محل الحق " ومحله هو الجنين – الأم – المجتمع:

١ـ " الجنين ":

هل الهدف من وراء تجريم المشرع لعمليات تأجير الأرحام حماية الجنين فى أن يولد فى مثل هذا الجو الغامض أم ضمان الحفاظ على النظام العام والآداب العامه مثل النسب والميراث الخ.....؟ نرى أنه بما أن لا يعتد برضا المرأة صاحبة الرحم المستأجر أيا كان الباعث؛ وذلك لأن من المفترض أن الحق الذى تحميه نصوص القانون ليس للأم وإنما هو للجنين.

كما جاء فى تبيين الحقائق: "الجنين ما دام مجتنا فى البطن ليست له ذمة لكونه فى حكم جزء من الأم ولكنه متفرد بالحياة معد ليكون نفسا له ذمة، فباعتبارها هذا الوجه، يكون أهلا لوجوب الحق، له من عتق أو ارث أو نسب أو وصية، ولاعتبار الوجه الأول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو أنقلب على مال إنسان فأتلفه صار ضامنا له.

وجدير بالذكر أن المرض العضوي والمرض النفسي للفرد والمساس بسلامة حياة وجسد الشخص هي متكاملة ولا يشترط الإصابة البدنية المادية؛ لكي يعد الشخص متضرراً من التعدي على قاعدة عدم جواز المساس بسلامة

=

ووفقا لنصوص قانون العقوبات المصري لا يجوز إجراء الإجهاض لأي سبب من الأسباب الاقتصادية والاجتماعية للأسرة. ويذكر بعض شراح القانون – أخذا بمعيار المصلحة الاجتماعية – إلى جواز الإجهاض في الحالة التي يثبت فيها علي سبيل القطع من جانب الأطباء بأن هناك تأثير خطير علي الجنين من الإشعاعات الذرية أو العقاقير أو التلوث فينتج عنه طفل مشوه أو مصاب بمرض وراثي. علي أن يكون ذلك قبل أنقضاء الأسبوع السادس عشر. وكذلك أنقاذ لحياة الأم وذلك استنادا إلى حالة الضرورة التي تعفي من المسئولية.

الكيان البدني، ويكفي مجرد الأضرار المعنوية[1]. حتى يثبت له الحق في سلامة صحته وجسمه فالعلاقة كبيرة بين الصحة النفسية والعضوية. فيجب علينا أن نضع فى الاعتبار الأثار المترتبة من الطفل الناتج من عملية تأجير الأرحام ومدى حدوث الضررالنفسى عليه وذلك بتشتت مشاعره عندما يكتشف والدتين له الأولى بالحمل والولادة والأخرى بالنطفة الأنثوية، ويحمي القانون حق الجنين ولو كان نتاج لعلاقة غير مشروعة. لوجود حياة خاصة به ونرى أن الشرع والقانون أعطى لهذه الحياة حقها فى تحديد الحق الخاص بالجنين منذ فترة الإخصاب وحتى أتمام مرحلة الحمل وهذا يعنى اعتراف القانون بوجود هذا الكيان الماضى رغم وجوده فى الحياة الرحمية وانطلاقا من معنى الحياه الرحمية لا يكفى اعتراف الشرع أو القانون بوجود هذه الحياه ولكن لابد وأن نلقى الضوء على حقوق النطف الادميه بمعاملتها كنواة لوجود البشر والاعتراف بقدسيتها التى تترتب عليها الحظر فى إتيانه جنين مفترض أن يولد معه مشاكل لا ذنب له فيها.

هل يثبت للجنين الحقوق اللصيقة بالشخصية كما تثبت للشخص الطبيعي؟

يقول الأمام الغزالى " لمادة الإنجاب حياة ذاتية تخوض بها الميدان وتكافح فى سبيل الاتصال بهدفها وحتى تعتنقها وتطرد عنها ما سواها كما قال أيضاً أن أول مراتب الوجود أن تقع النطفة فى الرحم وتخلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك يعد جناية.

لذلك أعترف القانون والشرع لمكانة الجنين ومعاملته ككيان مادي له حقوق بمعنى أن حياة الجنين تبدأ بالإخصاب وبتكوين نطفة الأمشاج.

(١) يذكر الدكتور مقدم السعيد في مؤلفه (التعويض عن الضرر المعنوي في المسئولية المدنية)، ط١، ١٩٨٥ ص ١٩٠ – ١٩١ بهذا الخصوص ما يلي: (ويلاحظ أن مسألة الضرر المعنوي المترتب علي الاعتداءات الواقعة علي الحياة أو علي سلامة جسم الأنسان تعتبر مسألة ذات أهمية بالغة وحساسة إذ أن التعويض عن الضرر المعنوي في مثل هذه الحالات جائز في نظر غالبية الفقه والقضاء وتدخل في إطاره عدة أنواع من الضرر تختلف عن بعضها البعض ومنها التعويضات الممنوحة للتخفيف عن الآلام الجسمانية المترتبة علي وقوع الحادث الجسماني).

إذا كانت الأم محكوما عليها بالإعدام يوقف تنفيذ الحكم بعد أتمام الولادة والرضاعة.

لا فرق بين جنين نشأ في داخل الرحم وآخر نشأ خارج الرحم لأنه يعد كائنا بشريا تجب حمايته. حجز نصيب الجنين فى الميراث حتى يولد ويتبين نوعه.

ويثبوت الحقوق اللصيقة للشخص الطبيعي لا يعنى أن الجنين ليست له شخصية معبرة إذ أن الجنين له ذمة مالية، وان كانت ناقصة، لأنه وأن كان لا يعتبر كائنا بشريا بالمعنى القانوني حيث أن لحظة الميلاد هى المعيار الحاسم فى تحديد صفة هذا الكائن، وعند هذه اللحظة لا يعد جنينا وأنما يعد أنسانا حيا له شخصية قانونية، أما قبل ذلك، وكما يذهب الفقه والاسلامى فان له جهتين ينظر إليه منهما، فمن جهة كونه جزء من أمه يقر بقرارها، وينتقل بانتقالها فأنه ينظر اليه على أنه فى حكم أجزائها وبالتالي: لا تثبت له ذمة مالية، أما من جهة كونه نفسا مستقلة ومنفردا عن أمه بالحياة ومتهيئا للانفصال عنها وصيرورته أنسانا مستقلا فأنه ينظر اليه على أنه إنسان مستقل عن أمه وبالتالي تثبت له ذمة مالية.

وقد روعي فيه هاتان الجهتان، فلم يثبت له الفقهاء ذمة كاملة كما لم ينفوا عنه الذمة مطلقا، وأنما أثبتوا له ذمة ناقصة لاكتساب بعض الحقوق فقط، وأيضاً فأن إعدام الجنين فى رحم أمه لا يحمى بنصوص جريمة القتل التى تشترط أن يكون المجني عليه إنسانا كاملا متمتعا بالشخصية القانونية، انما يحمى بنصوص خاصة. أما بمجرد الانتهاء من الولادة فيعد الفعل قتلا ما دام المولود كان على قيد الحياة حينذاك، وقد نص القانون الجنائي – الكندي – على ذلك صراحة فى المادة ٢٠٦بقوله: "الطفل لا يعد كائنا إنسانيا حتى ينشأ له الحق فى حماية قانون العقوبات منذ اللحظة التى يخرج فيها كاملا حيا من بطن أمه ".

ومما سبق يتبين لنا أن الجنين: هو المجني عليه الاساسى في هذه الجريمة.وهذا استناد للمادة رقم ٣٣٠ مختلط من التقنين المدنى السابق "وبيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل"(١).

(١) الحكومة المصرية – وزارة العدل – القانون المدنى مجموعة الاعمال التحضيرية – الجزء الثاني – الالتزامات مصادر الالتزام من المادة ٨٩: ٢٦٤ – مطبعة دار الكتاب العربى – بدون ذكر تاريخ ص ٢٠٦.

لذلك يجب التسليم لقدر الله ومشيئته عز شأنه والاعتراف للجنين بأحقيته فى أن ياتى إلى الدنيا بالطريقة الفطرية التى رسمها الله لعباده لا لأهوائهم كإتيان الحمل عن غير طريق الجماع الطبيعي بين الزوج وزوجته.

٢- الأم الوالدية أو صاحبة الرحم المستخدم لصالح الغير

هي المرأة المستأجرة للحمل لحساب الغير، ولايوجد فرق بين المرأة المتزوجة أو الغير متزوجة عذراء أو ثيب، فإذا ارتكبت فعل تأجير رحمها للغير نرى من جانبنا وجوب تطبيق العقوبة عليها في جريمة تأجير الأرحام لأن القانون يحمي مصلحتها في الإنجاب. وهذا الحق لا يجوز لها التصرف فيه، ومن ثم فليس لها حق التصرف فى رحمها؛ لأن لا يعتد برضائها أي ليس أثر علي أركان الجريمة بل علي العكس تعد الأم الوالد ية أو صاحبة الرحم المستخدم لصالح الغيرفي هذه الحالة شريكة في الجريمة[1].

وهنا سؤال يطرح نفسه هل يشترط فى صاحبة الرحم المستخدم للغير لو سلمنا بإعتباره محل الجريمة سن معينة؟ أى هل يشترط أن تكون المرأة صاحبة الرحم المستأجر فى مرحلة معينة من العمر؟ والغاية من هذا السؤال هو معرفة هل وقوع الجريمة يتوقف على وقوع الفعل نفسه أى بمجرد تأجيرالمرأة لرحمها أم بحصول الأبوين البيلوجين للطفل الناتج من هذه العملية، وللإجابة نرى من جانبنا أن لو سلمنا بأن الجريمة تقع بمجرد قبول المرأة لتأجير رحمها فهذا معناه عدم اشتراط سن معينة فى المرأة صاحبة الرحم المستأجر؛ لأن الجريمة تقع بمجرد اتيانه فعل تأجير الرحم بغض النظر عن حدوث حمل بالفعل أم لا، لأن الفعل مجرم فى حد ذاته بصرف النظر عن النتيجة المترتبة عليه، لأنه لا يشترط أن تكون هناك نتيجة للجريمة فهناك جريمة لا يوجد فيها نتيجة مثل جريمة السب أو القذف.

٣- المجتمع:

يعد المجتمع مجنيا عليه في جريمة تأجير الأرحام لتعارضها مع فكرة النظام العام، ومن ثم الجنين الناتج بهذه الوسيلة سوف تولد معه كثيرا من المنازعات والمشاكل، وبالتالي سوف تؤثر على دوره وأدائه فى المجتمع هذا من ناحية، ومن

---

(١) د/ حسني الجدع – جرائم الاعتداء علي الأشخاص ص ٩١.

ناحية أخرى سوف يظهر نوع من تجارة النطف والأرحام بجانب تجارة الأعضاء ؛ مما يؤدى إلى بلبلة فى المجتمع بظهور أبناء لا يعرفون من أين جاءوا[(١)].

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ماذا يحدث إذا كانت المرأة التى ستقوم بتأجير رحمها غير متزوجة وفجأة يراها المجتمع حامل تطبيقا لقاعدة سد الذرائع ؟ هذا لايجوز لأنه سيضع المرأة على السنة الناس لتصورهم سوء سمعتها ، وهل يمكن تكييف واقعة تأجير الرحم على جريمة الفعل الفاضح المنصوص عليها فى المادة رقم ٢٧٨ من قانون العقوبات[(٢)]؟

ـ الركن الثانى: المادى:

يتوافر الركن المادى لجريمة الإنجاب بوسيلة الرحم المستأجر عن طريق إحداث حمل عن غير الطريق الجماع الطبيعي بين الزوج وزوجته بالأستعانه برحم امرأة أخرى وتعد هذه الطريق من طرق الإنجاب الصناعى المحرمة ، وتقوم به الجريمة إذا توافر فيها السلوك الإجرامى ، والنتيجة التى تترتب على هذا السلوك وهى الحمل ، ويعقبها الإتيان بالطفل ، وعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة وهى الممثلة فى صورة الحمل فى رحم الغير وإنجاب طفل بأمومة مشتته.

مما لا شك فيه أن العلاقة بين الحق في الإنجاب والحق في سلامة الجسم مرتبطان بعضهما ، فالاعتداء الذي يعطل الوظائف الجسدية تعطيلاً جزئيا يتمثل في المساس بسلامة البدن بينما تتعطل جميع وظائف الجسد في الاعتداء علي الحياة ، ومن أمثلة الاعتداء علي سلامة الجسد تسخير المرأة لجسدها لصالح الغير بتأجير رحمها لمدة معينة بشتل جنين غيرها بداخلها فيعد مساسا بسلامة جسدها لتعرضها للخطر أثناء إجراء مثل هذه العمليات ؛ لأنه فى الغالب تتخذ مثل هذه النساء هذه الوسيلة تكرارا للارتزاق بالتالى تعرض صحتها للخطر[(٣)].

ـ الركن الثالث: المعنوي:

تصنف عملية الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام من وجهة نظرنا بالجريمة العمدية ، إذ يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي ، وهو اتجاه إرادة الجاني إلى

---

(١) د/ فوزية عبد الستار – شرح قانون العقوبات القسم الخاص – ١٩٨٢ ص ٤٩٣.
(٢) حيث تنص المادة ٢٧٨ من قانون العقوبات المصري كل من فعل علأنية فعل فاضحا مخلا بالحياء يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أوبغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه.
(٣) د. محمود نجيب حسني – البحث السابق – ص ٥٣٧ وما بعدها.

ارتكاب الفعل الماضى للجريمة مع علمه بأن هذا الفعل من شأنه إحداث الحمل، ومتى توافر هذا القصد فلا يعتد بالبواعث وفقا للقواعد العامة يجب أن يكون القصد الجنائي متوفرا وقت ارتكاب الفعل.

وفى هذا المعنى يقول ﷺ "لن تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه، وعن علمه ماذا عمل به وعن ماله من أين اكتسبه وفيم أنفق، وعن جسمه فيما أبلاه"[1].

بالنسبة إلى تقدير العقوبة:

نقترح على المشرع المصري بوضع عقوبة على من تسول اليه نفسه للإجراء مثل هذه الوسيلة رغبة فى الإنجاب " كل من لجأ إلى عملية الإنجاب بوسيلة الأرحام المستأجرة عن طريق إحداث حمل من غير الطريق الجماع الطبيعي بين الزوج وزوجته بالأستعانه برحم امرأة أخرى يعاقب السجن عشر سنوات، ويستوي فى ذلك المرأة التى تم استخدام أو تأجير رحمها والقائم بتلقيحها، وكذلك على زوج المرأة صاحبة الرحم المستأجر بشرط علمه وموافقته على شتل نطف الغير فى رحم زوجته وكذلك الزوجين أصحاب النطف البيولوجية ".

وذلك قياسا على جريمة الإجهاض أو إسقاط الحوامل[2] التى قد تكون جنحة وقد تكون جناية، وجدير بالذكر لا تتطلب الجنحة فى هذه الجريمة أكثر من توافر ثلاثة أركان السابق ذكرها.

والسبب فى خلع وصف إستخدام الأرحام على جريمة الإسقاط أو إجهاض الحوامل أن هناك أوجه شبه بينهما وهو تحد لإرادة الله عز وجل من البشر بما قسمه عز وجل لهم فيه الأولى: وجه التعدي ممثل فى خلق جنين ليس له ذنب فى أن يولد بين أفراد تحدوا قانون الطبيعة الذى يجعل للجنين مخلوقا من

(١) رواه الترمزى – سنن الترمزى – كتاب صفة القيامة – باب فى القيامة – ج٤ ص ٦١٢.

(٢) للأيضاح راجع: عيسى عبد الله عيسى٢جنايات والجنح. المواد من ٢٦٠ – ٢٦٥ ع (اسقاط الحوامل) - الموسوعة القضائية فى الجنايات والجنح والمخلفات فى قانون العقوبات والقوانين الجزائية الخاصة والقوانين الملحقة بها والمكملة فقها وقضائا – الطبعة الأولى ١٩٦٩م – مؤسسة سعيد للطباعة طنطا

نفس رحم أمه الفسيولوجية بدلا من أن يولد بين والدتين، يحتار بمشاعره التى أغفلوها من هى أمه، أما فى الثانية وجه التعدي فيها قتل جنين أشاء الله له بالمجيء ولكن قتل قبل مجيئه كوأد البنات فى الجاهلية.

وأخيرا هل تصنف جريمة تأجير الأرحام جنحة أم جناية[١] ونستدل من ذلك وبناء على تأييد محكمة النقض للرأي الراجح فى الفقه وقررت أنه يعتبر الإسقاط جنائيا..... ولو أرتكب قبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه الحركة"[٢] وكانت قررت فى حكم سابق أن إباحة الشريعة الإسلامية إجهاض الحمل الذى لم يتجاوز أربعة اشهر ليس أصلا ثابتا فى أدلتها المتفق عليها، وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأى فيما بينهم[٣].

وجدير بالذكر يرى الكثير من الشافعية أن الجنين الذى فيه الضمان هو الذى بان فيه عند سقوط شئ من خلق الآدمي أما يد أوعين بحيث يفارق المضغه أو العلقة[٤].

ويرى أكثر الحنابلة انه اذا أسقطت الحامل ما ليس فيه صوره أدمى فلا ضمان فيه لأنه لا يعلم أنه جنين[٥]، وأصحمها أنه لا شئ فيه لانه لم يتصور لانه ليس بولد فلم يجب فيه ضمان كالعلقة ولان الاصل براءة الذمة فلا يتعلق بها شيء بالشك[٦].

ونرى من جانبنا أن الوصف الذى أضفناه على عملية تأجير الأرحام باعتبارها جريمة يستدل بها فى توافر صفة اشتراك عدة أشخاص فى جريمة واحدة وبالتالي يطبق عليه المادة رقم ٣٩ من قانون العقوبات المصري " يعد فاعلا للجريمة أولا : من يرتكبها منفردا أو مع غيره، ثانيا : من يدخل فى ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة إعمال، فيأتي عمدا عملا من الإعمال المكونة لها

---

(١) المجموعة الجنائية – قانون العقوبات والقوانين الجنائية الخاصة – الطبعة الثالثة /١٩٧٨م – دار الفكر الحديث للطباعة والنشر ص ١٣ : ١٧.
(٢) نقض جنائي ٢٧/ ١٢/ ١٩٧٠ س ٢١ ص ١٢٥٠".
(٣) نقض جنائي ٢٣/١١/ ١٩٥٩ س١٠ ص ٩٥٢
(٤) الأم للأمام الشافعي ج٦ ص ٩٣
(٥) كشاف القناع للبهوتي ج٦ ص ٢٣ ، المغنى لأبن قدامة ج ٩ ص ٥٣٩
(٦) البهوتي ج ٦ ص ٢٣ ، ابن قدامة ج ٩ ص ٥٣٨

وكذلك المادة ٤٠ من اتفق مع غيره على ارتكاب جريمة فوقعت بناء على هذا الاتفاق".

وكذلك يعاقب أطراف العلاقة لو اتفقا على أتمام العملية وبعد إجراء العملية فشلت صاحبة الرحم المستأجر فى الإنجاب بسبب خارجي أو أخر هنا توقع عليها عقوبة الشروع المنصوص عليها فى المادة ٤٥ [٢] الشروع هو البدأ فى تنفيذ فعل بقصد إرتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها.

وفى رأينا يمكن تطبيق" المادة ٣٢ " على عملية إستخدام الأرحام المشترك فيها الأطراف الثلاثة بالإضافة إلى الطبيب الذى قام وساعد فى هذه العملية وتنص هذه المادة على: " إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التى عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها، وإذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة، والحكم بالعقوبة المقررة لأشد من تلك الجرائم ".

المبحث الثانى

طبيعة العلاقة عند نقل عضو الرحم

تعتبر عملية زراعة الرحم أو نقل هذا العضو الى الغير من العمليات المستحدثة فى مجال الطب، والتى يمكن ان يستعاض بها للإنجاب بدلا من تاجيره، لذلك قد بات لازما أن نتناول كيفية التعامل مع تلك المستجدات من منطلق آخر، على ألا نكون عائقا فى سبيل الحكم على كل ما هو جديد.

ويستند هؤلاء العلماء في تبرير وتأييد هذه الجراحات من الناحية الأخلاقية باعتبارها من التجارب العلمية غير المسبوقة، بأنه يمكن مقارنة زرع الرحم بزرع الكلى، هذا بالإضافة إلى أن التبرع بالرحم سيعطى مزايا أكثر من اللجوء إلى الرحم المستأجر، وهو من الأمور المحظورة قانونا في كثير من الدول لاعتباره أمرا منافياً للأخلاق.

وحتى الآن تعتبر هذه المسألة محل بحث حتى الآن بالنسبة لعلماء الطب وهذا أدى إلى وجود تضارب فى آرائهم حول إلى أى مدى تصل علاقة الرحم بالجنين، وهل دوره يقتصر على إمداد الغذاء للطفل فقط عن طريق الدم أم أنه

ينتقل معه صفات وراثية أخرى، أو ماذا عن تكوين الرحم الفسيولوجي للمتبرع هل يشارك فى تكوين الجنين بعد النقل للمتبرع له إذا على أى أساس حدد هؤلاء انتقال الصفات الوراثية من عدمه أو احتمالية أو عدم اختلاط الأنساب؟

هذا بالإضافة إلى أنه فى الأستعانة بالتبرع بالرحم لن يرتب أى الآثار أو خلافات قانونية حول التعرف علي الأم الحقيقية للطفل فهي في التبرع الأم المتبرع لها وليست المتبرعة بالرحم (الرحم الظئر) على عكس ما ينشأ من مشكلات خطيرة تتعلق بذلك في حالة اللجوء الرحم لظئر الذى قد ينتج عنها اختلاط أنساب حتى أن يصل الأمر إلى زواج الأخت فى الرحم من أخيها دون أن تعلم، ولكن هذا لا يحدث فى التبرع بالرحم.

وانطلاقا مما سبق يتضح لنا ضرورة معرفة وضع عضو الرحم بالنسبة لباقي أعضاء الجسد الإنساني، وذلك حتى يتبين لنا مدى مشروعية التصرف القانوني المترتب على التبرع به للغير، وذلك من خلال الفرع التالى:

أولاً: التكييف القانوني لعضو الرحم ضمن أعضاء الجسد الإنساني

هل عضو الرحم يندرج تحت مسمى الأعضاء المزدوجة أم الأعضاء الحيوية نرى أن الرحم عضو من نوع خاص له استقلاليته فى التقنين القانوني والوصف الشرعي وبناء عليه لا تصنف كمثيلتها من الأعضاء باعتبارها أعضاء مسئولة عن النتاج الإنساني لذلك سوف نقوم ببحث ماهية هذا العضو وذلك من خلال تصنيفه ضمن أعضاء الجسد الإنسان حتى يظهر لنا جليا الأثار القانونية المترتبة على التصرف فيه قسم الفقهاء الأعضاء البشرية إلى قسمين:

١: الأعضاء التى تتميز بالازدواج فى الجسد الإنساني:

تعتبر الأعضاء المزدوجة مثل الرئتين والكليتين ويشترط أن يكون التبرع بأحد هذين العضوين غير مؤثرعلي أداء الوظائف الأساسية لجسم المتبرع، ويتحقق ذلك حينما يستطيع أحد هذين العضوين أن يقوم بالوظيفة العضوية الحيوية للعضو الآخر[1].

(١) راجع الضوابط المقترحة لنقل وزراعة الأعضاء في مصر للأستاذ الدكتور/ محسن عبد الحميد البيه، مرجع سابق، ص ٢١٥، خاصة المادة الثانية منها والمتعلقة بنوع ومعيار الأعضاء الجائز نقلها والواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة.

٢: الأعضاء التى تؤدى الوظيفة الحيوية فى الجسد الإنساني.

فقد وقع اختيار بعض الفقه علي نوع معين من الأعضاء البشرية التي يمكن إجازة نقلها دون الإخلال إجازة نقل ذلك النوع من الأعضاء التى تتميز بالازدواج في الجسد الإنساني، بمعنى أن يقتصر النقل على الأعضاء المزدوجة فقط، دون النظر عما إذا كان يستطيع أحد العضوين القيام بالوظيفة الحيوية للعضو الآخر(١)، ونحن على غرار رأى هذا الفقه وذلك(٢) لحساسية الوضع في مسألة التبرع بالأعضاء فتعبير العضو الحيوي يتسم بالعمومية والغموض التي قد تغري علي التحايل وتثير المشاكل في الواقع العملي، فقد يتخذ الأطباء من ذلك ذريعة للاختلاف الذي يهدف إلى الرغبة في توسيع نطاق الأعضاء المتاح نقلها من الأحياء. ذلك لأن المستفاد من التعبير المطلق للعضو الحيوي هو أن يكون من الأعضاء المتصلة بالوظائف الأساسية للجسم، والتي يؤثر فقدها علي حياة الشخص؛ لذا فإن موقف الأعضاء الأخرى غير المتعلقة بالحياة يصبح غامضا في ظل استخدام تعبير العضو الحيوي كاليدين.

أما تعبير العضو المزدوج فهو أكثر دقة وتحديدا خاصة، عندما اشترط من صاغ هذا الضابط من الفقه المصري أن نقل الأعضاء المزدوجة لا يجوز إلا بالنسبة للأعضاء التي يكفي عضويا أن يقوم أحدهما بالوظيفة الحيوية للعضو الآخر، عندئذ سوف يتجلى موقف جميع أعضاء الجسم، فالتبرع بإحدى اليدين أو الرجلين أو الأذنين أو العينين أو الآليتين سيكون غير جائز طبقا لهذا الضابط، حيث لا يمكن لإحدى هذه الأعضاء المزدوجة أن يقوم بالوظيفة الحيوية للعضو الآخر، فلو فقد الشخص أحد قدميه أو يديه أو عينيه فلن يتسنى علي الإطلاق أن يقوم العضو الآخر بكامل الوظيفة الحيوية لتلك الأعضاء المزدوجة.

---

(١) د/ محسن عبد الحميد البيه، مشكلة نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٢) د/ طارق عبد الله ابوحوة – الانعكاسات القانونية للانجاب الصناعى – رسالة دكتوراه – جامعة المنصورة كلية الحقوق ٢٠٠٥م

ثانيا :ـ تصنيف الرحم ضمن أعضاء التناسل غير الناقلة للوراثات من النطاق الذي وضعه الفقه للأعضاء البشرية الجائز نقلها

يعد الرحم من الأعضاء التى ليس لها مثيل فى الجسد الإنساني ولا تتوقف عليها الحياة، غير أنه يتصور فى بعض الأعضاء المنفردة التى لا تتوقف عليها الحياة أن يفقد العضو وظيفته الأساسية بالنسبة لصاحبة ويبقى صالحا فى ذاته ؛ بحيث لو نقل إلى شخص أخر، لاستعاد تلك الوظيفة فى الوقت الذى لا يترتب على نقله ضرر بليغ لصاحبه أى للمتبرع.

ويتطبيق لمعيار الأعضاء المزدوجة فأنه لا يجوز طبقا له نقل رحم المرأة، وجديربالذكر لا تملك المرأة منهما إلا عضو واحد مما يفقدهما صفة الازدواج التي تمثل الأساس الذي أنطلق منه هذا المعيار.

وطبقا لمعيار الأعضاء الحيوية فإنه لا يجوز نقل هذه الأعضاء لافتقادها الدور الحيوي في الجسد والمتعلق بوظائفه الأساسية التي تحفظ عليه حياته.

ونلاحظ علي هذا النوع من الأعضاء، لا يمكن تصنيفه تحت أحد المعيارين السابقين، فلا هو من الأعضاء المزدوجة ولا هو من الأعضاء الحيوية اللازم لحياة الجسم الطبيعية، مما قد يعتقد معه صعوبة الفصل في مشروعية النقل من عدمه.لذلك سنستعرض بعض الآراء حول مدى إمكانية التصرف فى هذا العضو على سبيل التبرع.

ماذا يحدث إذا أصيبت الزوجة بمرض فى رحمها بحيث أن قدر لها بعدم الانتفاع به مطلقا وهى تريد الإنجاب فهل يبيح لها الشرع أجراء عملية نقل رحم من متبرعة أم تلجا إلى تأجيررحم امرأة أخرى سواء أن كانت صاحبة الرحم المستأجر ضرة أو كانت أجنبية؟

تباينت الآراء بين مؤيدين ومعارضين وآراء على الحياد حول عملية زرع الرحم أو نقل رحم من الغير.

الراي الأول: يرى تحريم نقل وغرس كل أعضاء التناسل مما لا ينقل التوارث[1].

---

(١) وهو قول الدكتور حمداتي، والشيخ حمداتي له بحث بعنوان: "زراعة الغدة التناسلية أو زراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى" في مجلة الفقه الإسلامي

الرأي الثاني: منها يرى جواز نقل كل هذه الأعضاء(١).

الرأي الثالث: يفرق فيها بين العورات المغلظة التي لا يجوز غرسها عندهم، وبين مادون ذلك من التي لا تنقل الوراثة كالرحم وأنبوب فالوب فأنها يجوز عندهم غرسها للمرأة العقيم، وهذا ما اتفق عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي وهو توصية الندوة الفقهية الطبية الخامسة(٢).

وسوف نستعرض الرأي الأول المؤيد لتلك الوسيلة ثم نقوم بعرض الرأي المعارض للتبرع بالرحم دون التعرض للرأي الثالث وذلك لعدم الإطالة فى الكتاب، فهل يجوز إجراء عملية نقل رحم من أنثى قد توفيت وكانت هذه المتوفاة قد أوصت بذلك أو رضي أهلها؟ وذلك تجنباً لقضية رحم المستأجرة؟

يرى بعض الفقهاء أنه في قضية نقل الرحم من أنثى الإنسان المتوفاة إلى امرأة أخرى في حاجة إلى هذا العضو بهدف الإنجاب جائز ولا حرمة فيه.

أولاً: أدلة المجيزين لهذه العملية:

قال تعالى: (مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً)(٣).

وجاء فى التفسير: أن المقصود بالإحياء المذكور في الآية هو الترك والانقاذ من هالكة – وهو مجاز – لأن الإحياء الحقيقي مختص بالله سبحانه وتعالى(٤) والإحياء المذكور في الآية لفظ عام يشمل كل أنقاذ من التهلكة. ومن ثم

---

(١) وهو قول الدكتور محمد سليمان الأشقر، والدكتور خالد الجميلي.

(٢) مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ – ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ٢٠ آزار (مارس) ١٩٩٠م بعد اطلاعه علي الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من ٢٣ – ٢٦ ربيع الأول ١٤١٠ هـ، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، قرر ما يلي: – أولا: زرع الغدة التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فأن زرعهما محرم شرعا. ثانيا: زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ماعدا العورات المغلظة – جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم ٢٦ (٤/١) لهذا المجمع.

(٣) سورة المائدة من الآية ٣٢.

(٤) الجامع لأحكام القرآن ١٤٥/٦، الدر المنثور – للإمام عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي – المتوفي ٩١١ هـ – دار الفكر بيروت – طبعة ١٩٩٣م – ٦٤/٣ وما بعدها فتح القدير ٣٤/٢.

يدخل فيه التبرع بعضو من الأعضاء غير المتجددة – كالكلية والرئة.. . الخ – لإنقاذ مريض من الهلاك المحقق. وقياسا على الرأي السابق نرى أن الرحم من الأعضاء غير المتجددة، ولكنه كما سبق وأن بيناه عن مكانته الخاصة لا تتوافر فيه صفة الضرورة لنقله، ونناقش على هذا الاستدلال بأن المقصود بالإحياء في الآية كما ذكر المفسرون[1] مقتصر على الله - عز وجل - وإنما المقصود من إحياء النفس هنا الإنقاذ من التهلكة ومنع الأذى والاعتداء علي النفس لأن ذلك من أسباب الإحياء لها، والتبرع بالرحم لا يؤدى إلى الهلاك المقصود فى الآية الكريمة ؛ لأن الهدف من التبرع هو الإنجاب وهذه الرغبة لا تحقق التوازن المنشود بين مصلحتي المتبرع والمتبرع له.

وهذا القول[2] صدرت به الفتوى من مجامع الفقه الإسلامي ولجان هيئات الإفتاء[3]. وقد استدل هؤلاء علي مذهبهم بالكتاب والسنة والمعقول

---

(١) الجامع لأحكام القرآن ١٤٥/٦ وما بعدها، فتح القدير ٣٤/٢.

(٢) ومن الفقهاء المعاصرين القائلين بهذا الرأي الشيخ/ جاد الحق علي جاد الحق – بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة – مرجع سابق – ٤٢٨/٣، د. يوسف القرضاوي – من هدى الإسلام فتاوى معاصرة – مرجع سابق ٥٣٣/٢، د. محمد سعيد رمضان البوطي – قضايا فقهية معاصرة – القسم الأول – مكتبة الفارابي دمشق – الطبعة الخامسة ١٩٩٤م – ص ١٢٠ وما بعدها، حسن مراد مناع – فتاوى وتوجيهات – دار الصفوة للطباعة الغردقة – الطبعة الثالثة – ص ٧١، د/ محمد نعيم ياسين – أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة – دار النفائس الأردن الطبعة الثالثة ٢٠٠٠م – ص ١٥٨، د. آية الله محمد آصف المحسني – الفقه ومسائل طبية – مؤسسة بوستان – ص ١٦ وما بعدها، د. محمد عبد الرحمن الضويني – التصرف بالأعضاء – مرجع سابق – ص ٧١.

(٣) قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي – الدورة الثامنة – المنعقد في مكة المكرمة – من ١٩ – ٢٨ يناير ١٩٨٥م، حيث جاء فيه: "أولا: أن أخذ عضو من جسم أنسان حي وزرعه في جسم آخر مضطر اليه لأنقاذ حياته أو لأستعادة وظيفته من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز لا يتنافي مع الكرامة الأنسانية" وورد نحوه في قرار مجمع الفقه الإسلامي – الدورة الرابعة – المنعقد في جدة ٦ – ١١ فبراير ١٩٨٨م – فتوى كبار العلماء في المملكة العربية السعودية – رقم ٩٩ الصادرة في ١٤٠٢/١١/٦ هـ – حيث ورد فيها: "٢ – جواز تبرع الأنسان الحي بنقل عضو منه أو جزئه إلى مسلم مضطر الي ذلك". وفتوى لجنة الإفتاء الجزائرية – الصادرة في ١٩٧٢/٤/٢٠م – حيث جاء فيها: "أنه في حالة نقل العضو من الحي لابد من التأكد أن يكون ذلك برضى تام من المتبرع وألا يلحق به ضرر" فتوى لجنة الإفتاء في المملكة الأردنية الهاشمية الصادرة =

والنقل والقواعد الفقهية كما أنه ليس في نقل الرحم من أنثى إلى غيرها اختلاط للأنساب، وذلك لأن الرحم ليس ناقلاً للصفات الوراثية، فما هو إلا وعاء وإنما تنقل الصفات الوراثية عن طريق الغدد التناسلية (كالخصية والمبيض) بحكم أنهما يستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها من متلق جديد. هذا إذا لم يظهر جديد عند أهل الطب حتى يومنا هذا بخصوص علاقة الرحم بالجنين المقتصرة على إمداده بالدم فقد ❖ نرى أن الرحم ليس من العورات المغلظة التي منع الفقهاء نقلها، ولقد جاء في الندوة الفقهية الطبية المنعقدة في الكويت من (٢٣ : ٢٦) من أكتوبر عام ١٩٨٩م ومجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقدة في جدة في الفترة من (١٤ : ٢٠) من مارس عام ١٩٩٠م ما نصه[١] :

١. **زرع الغدد التناسلية:**

بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد فإن زرعهما محرم شرعاً.

٢. **زرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية:**

رأت الندوة بالأغلبية أن زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي ما عدا العورات المغلظة التي لا تنقل الصفات الوراثية جائز استجابة لضرورة مشروعة[٢]. كما يشترط في هذا النقل الشروط العامة لنقل عضو من ميت إلى حي.

=

١٨/٥/١٩٧٧م – حيث جاء فيها: "٣ – أن كان المنقول منه العضو أو الدم حياً فيشترط ألا يقع النقل علي عضو أساسي في الحياة إذا كان هذا النقل قد يؤدي الي وفاة المتبرع ولو كان ذلك بموافقته، بيأن مجمع البحوث الإسلامية ودار الإفتاء المصرية – مجلة الأزهر – العدد الأول – السنة السبعون – مايو ١٩٩٧م – ص ٤٦ والذي أجاز التبرع بالأعضاء.

د/ يوسف القرضاوى الفتأوى المعاصرة – دار الوفاء بالقاهرة – ١٩٩٣، ٢/ ٥٣٢.

(١) فتوى مجمع الفقه الإسلامي بجدة – مارس سنة ١٩٩٠م نقلا عن د/ محمد علي البار – الفشل الكلوي ص ٢٥٧.

(٢) د/ محمد علي البار – الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ص ٢٩٩، ٣٠٦.

ثانيا: أدلة المعارضين لوسيلة نقل الرحم الانثوى من إمرأة إلى اخرى

يحرم أصحاب هذا الرأي بنقل عضو الرحم رغم أنه من الأعضاء الغير ناقلة للتوارث على حد تعبير أصحاب هذا الرأي لأن على حد علمي ما زالت هذه المسألة محل نظر عند علماء الطب وسنقوم بعرض أدلة المعارضين لهذه الوسيلة.

فالقانون المدني الفرنسي نص – في المادة ١٦ – منه والمعدلة بالقانون الخاص باحترام الجسم البشري رقم ٦٥٣ لسنة ١٩٩٤م – مبدأ احترام باطلة.لبشري وحرمته وعدم خضوع عناصره ومنتجاته لحق مالي، حيث نصت في الفقرة الأولى علي أن: "لكل فرد حق في احترام جسمه ولجسم الإنسان حرمة كما أن الجسم البشري بعناصره ومنتجاته لا يمكن أن تكون موضوعا لحق مالي". وقد أكدت ذلك الفقرة الخامسة من ذات المادة حيث نصت علي أن: "الاتفاقيات التي تعطي قيمة مالية لجسم الإنسان وعناصره ومنتجاته تكون باطلة.

يرى بعض فقهاء القانون أن جسد الإنسان له حرمة ولا يصح أن يكون محلاً للتعامل عليه سواء أن كان بيع أو شراء لأن الأعضاء الإنسانية ليست أموالاً مقومة. ومن ثم لا تخضع لأحكام عقد البيع وهو ضمان العيوب الخفية والتسليم ونقل الملكية بعوض. وىعل من أبرز المعارض لبيع الأعضاء البشرية في العصر الحديث الأستاذ R.SAVATIER إذا يقرر: "أن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلاً للتجارة ولا يمكن أن تكون أعضاؤه محلاً للبيع بالتجزئة فالقيم الإنسانية تسمو علي المال. ولما كان الحب أسمى هذه القيم فأن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال"(١).

نؤيد وجاهة الرأي السابق من حيث سموه وارتقائه لمعنى الإنسانية، وجعل الضابط للتصرف فى أجزاء الإنسان هو دافع الحب، ومن ثم جعلها فى مرتبة أعلى من درجة الأشياء، وبالتالي لا يجوز التعامل على النفس الإنسانية، وذلك لعدة أسباب من أهمها أن الإنسان لا يملك التصرف فى نفسة فكيف يبيع

---

(١) Rene Savatier Les problemes juridiques des trans plantations d'organes humains. J.C.P. Paris (1969), p. 2247.

ما لا يملك، هذا بالإضافة إلا أنه كان ينبغي لإجازة التبرع فى بعض الأعضاء البشرية أن توضع ضوابط، وفى رأينا نرى أن المشرع توسع فى مفهوم هذه الضوابط بمعنى أنه لم يحدد مدى أو موقع الأعضاء التناسلية من هذه الضوابط على أن يوضع فى الاعتبار درجة الحساسية والخطورة لهذه الأعضاء، مما أدى بنا إلى ما نحن عليه الآن من حيرة فكان عليه أن يصنف الأعضاء من حيث استباحة الأعضاء التى يمكن لنا التصرف فيها، ولاشك أن تكون الاتفاقات الواردة على الأعضاء التناسلية غير مشروعة، وقد أجيز التبرع بالأعضاء البشرية بنصوص خاصة وبضوابط معينة استثناء من الأصل، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.

وبناء عليه يستنتج مما سبق بطلان أى تصرف يعطى جسد الإنسان قيمة مالية[1]، وهو ما يعني بطبيعة الحال عدم مشروعية تداول الأعضاء البشرية عن طريق البيع والشراء، كما حظر الدعاية والإعلان لصالح التبرع بأعضاء أو مكونات الجسم البشري لحساب شخص معين أو مؤسسة معينة[2]. وهذا يتفق مع ما جاء في الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية في المادة - ٦٩ - حيث نصت علي أنه: "لا يجوز أن يكون الجسد البشري وأجزاؤه محلاً لمعاملات تجارية، ويحظر الاتجار في الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو الجينات البشرية، كما يحظر الإعلان عن الحاجة إلى أعضاء أو عن توافرها لقاء ثمن يدفع أو يطلب...".

ولقد انتهت الندوة العلمية حول نقل وزرع الأعضاء واستئجار الأرحام والاستنساخ ومدى شرعيتها التى نظمها مجلس وزراء العدل العرب فى إطار جامعة الدول العربية فى بيروت فى الفترة ما بين ١٢، ٤ سبتمبر ٢٠٠٠ إلى منع استخدام غير رحم الزوجة فى عمليات الإنجاب بصرف النظر عن فكرة استئجار أو التبرع بالرحم[3].

---

(١) F.Terre et D. Fenouillet، Droit Civil Les Personnes، La famille، Les incapacites 6e ed 1996، P. 62.

(٢) المادة ١٢١١ – ٣ من القانون رقم ٢٠٠٤ – ٨٠٠.

(٣) د/ يوسف القرضاوى الفتاوى المعاصرة – دار الوفاء بالقاهرة – ١٩٩٣، ٢/ ٥٣٢. كما أكدت الندوة على أن عمليات نقل الأعضاء التناسلية مخالفة لأحكام الشرع =

ثالثا - تقييم الباحثة:

نرى أنه من الأفضل عدم اللجوء إلى هذه الوسيلة وذلك للأدلة الآتية :

مسألة انتقال الصفات الوراثية أو عدم انتقالها ما زال محل بحث ونظر للطب حتى الآن ، والسبب في الحظر الذى نراه يكمن في أن المصالح المترتبة علي التبرع بها لا تزيد عن مصالح بقاء العضو في جسم المتبرع ، بل أن مفاسد التبرع أكثر من منافعه.

وبناء عليه لا يجوز قياس التبرع بالرحم على التبرع بباقي الأعضاء المسموح بالتبرع بها ؛ لأنه لانعدام التساوي فى السبب القصدي من التبرع ، وهو توافر عنصر الضرورة المتمثل فى الهلاك إذا لم يتم الأستعانة بعضو من أعضاء الغير، وهذا لا يتوافر فى تأجير الأرحام ؛ لأن الضرر يغلب علي المنفعة ، وعدم الإنجاب لا يهدد بالهلاك فلا يدخل في الضرورات.

وقياسا على ذلك لا يجوز شرعاً نقل العين أو الكلية لمن عنده كلية واحدة صحيحة أو اليد أو الرجل أو الرحم والله اعلم.

كما أننا نرى أن عملية التبرع بالرحم فى حد ذاتها عملية خطيرة قد يتجاوزخطرها تغليب مصلحة على أخرى ، لأنه إذا كان للمرأة المتبرع لها مصلحة لحدوث إنجاب ؛ فأن هذه المصلحة غير متوفرة بالنسبة للمتبرعة بالرحم ، وذلك لتعرض حياتها إلى خطر محتمل الحدوث.

ومن ثم فأننا نرى معيار اللجوء إلى هذه العملية تتحكم فيها حالة الضرورة المرجوة ؛ لأن الهدف من عمليات التبرع بالأعضاء هو أنقاذ حياة إنسان من الموت ، وإن كان فى ذلك تعريض لسلامة المتبرعة برحمها للخطر حين نرى أن شرط الضرورة غير متوفر فى حالة التبرع بالرحم ، وانطلاقا من ذلك لا يوجد وجه مقارنة بين التبرع بالرحم والتبرع بالكلى مثلا لأن الأخير يكمن بها قدر كبير

=

والاسلامى لأنها تؤدى إلى اختلاط الأنساب الذى منعته الشريعة الإسلامية من خلال تحريم لزنا والتبني وفى هذا الصدد ينفى الشيخ القرض أوى ما قيل بشأن زرع الخصية كونها تصبح جزء من الجسم المتلقي وتأخذ حكمه فى كل شيء المقصود بالتبرع بالرحم.

من الخطر إلا أن هذا الخطر أقل بكثير من الخطر الذى يتعرض له المريض إذا لم تتم عملية التبرع ونقل الكلية إليه.

يحظر النقل للمرأة المصابة بتشوهات في المبايض يحتمل معها فقد القدرة الطبيعية لها علي إفراز البيضات ؛ لأنه لا يكون مجدياً زرع رحم لامرأة تحمل في أعضائها التناسلية الأخرى نوعا آخر من العقم وهو فقد المبايض قدرتها البيولوجية الفطرية علي إنتاج البويضات مما يجعل عملية زرع الرحم معدومة الفائدة مع ما يصاحبها من مخاطر كثيرة.

كما يحظر النقل إذا لم تتوافق أنسجة المنقول منها وإليها وذلك لضمان نجاح عملية النقل لذا فلا يجوز النقل إذا اختلفت الأنسجة إلى درجة يتوقع معها أو يقطع بها أن جسم المنقول لها سيلفظ الرحم ولو بعد حين، أو إذا اقتضى ذلك إعطاء المنقول إليها كميات كبيرة من العقاقير المثبطة للمناعة كي يتقبل جسدها العضو الجديد، لأنه قد يكون من شأنه المبالغة في إعطاء تلك العقاقير إما الإضرار الشديد بصحة المنقول إليها أو الإضرار بالطفل المبتغى من وراء الزرع وكلا الضررين غير جائز في الشرع، وفي كل ما سبق من حالات يمتنع فيها إجراء النقل، لما فيه من مفاسد يجب درؤها قبل النظر إلى المصالح المنتظر تحقيقها مع الشك في ذلك[1].

لا شك من أنه إذا تحقق التقدم التقني لعملية الاستنساخ في نسخ الأعضاء البشرية بتقنية استنساخ خلايا العضو المراد نسخه، وعندئذ يمكن للمرأة التى يوجد لديها مشكلة في رحمها أن يؤخذ منه خلية يتم تنميتها بوسيلة استنساخ الأعضاء كي تصبح خلية الرحم رحماً كاملاً يزرع فيها فلا يرفضه جسمها ؛ لأن أصل خلاياه منها وفي حالة تحقق ذلك فأنه يحظر نقل الرحم ولو كانت تقنيات نقله قد تقدمت بخطوات واسعة عن تقنية نسخ الأعضاء البشرية ؛

---

(١) ويعتبر هذا الضابط من الضوابط التي تشترط في مسألة نقل وزراعة الأعضاء البشرية بصفة عامة : راجع الضوابط المقترحة لنقل وزراعة الأعضاء في مصر للأستاذ الدكتور/ محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص ٢١٥، خاصة المادة الأولى الثانية منها والمتعلقة بنوع ومعيار الأعضاء الجائز نقلها واشتراط الضرورة القصوى للنقل مع توقع النفع الذي يعود علي المنقول إليه وضرورة الموائمة بين مصلحة المتبرع والمريض.

لأن الأولى إجراء محاولة النسخ من خلايا رحمها بدلا من استزراع رحم غيرها فيها.

لذلك فإنه لا يجوز كذلك زراعة قناة فالوب المنسدة لدى المريضة ؛ نظرا لتقدم علوم الإخصاب المساعد في مجال تقنية طفل الأنابيب التي استطاع الطب بها أن يتغلب علي مشكلة الإخصاب الناشئة عن انسدادها فلا يجوز لذلك الالتجاء لزرعها وهناك من البدائل الجائزة شرعا والتي تغني عن مشكلات الزرع الطبية والشرعية.

ولكن نرى إذا تمت هذه العملية بناء على أدلة الموجزيين السابقة لابد من إتباع ومراعاة هذه الشروط :

أن نقل الرحم من امرأة إلى أخرى الأفضل فيها أن يكون من إمرأة متوفاة إلى امرأة أخرى في حاجة إلى هذا العضو لغاية الإنجاب والذي ساقنا إلى هذا الهدف كون المرأة التى تؤجر رحمها يمكن لها أن تبيعه أى تتبرع به بمقابل مادي.

إذا استدعى الأمر إلى التبرع بالرحم من امرأة على قيد الحياه يجب ألا يفوت على المرأة صاحبة الرحم المتبرع فرصة الإنجاب ؛ لأن الرحم شرع للاستفادة منه وليس لتداوله، ولضمان ذلك يجب أن يأخذ المشرع فى الأعتبارعند تقنين هذا الموضوع أن يتأكد من كون سن المرأة المتبرعة بالرحم تجاوز سن اليأس، وفى المقابل يجب أن تكون المرأة المتلقية للرحم أى المتبرع لها فى سن يسمح لها بالحمل، هذا بالإضافة إلى ضرورة أن تكون المرأة المتبرعة لها استنفدت كل سبل الإنجاب الصناعى أو المساعدة الإنجابية (استنساخ الأعضاء - أو زراعة جزء من رحمها) وكذلك التأكد من كون المرأة المتبرعة للرحم متزوجة أم لا.

المطلب الاول

موقف القوانين المقارنة من نقل عضو الرحم

❖ السوابق الطبية الخاصة بعمليات نقل أو زرعة الرحم

قام العلماء في عام ١٩٧٢م بنقل رحم وملحقاته (الأنابيب وغيرها) من أم إلى ابنتها، ولكن لم يحدث حمل رغم أن الرحم ظل سليما ولم ترفضه أجهزة

المناعة في جسم البنت[1].

هذا وقد قام فريق من الأطباء بمستشفى الملك فهد بالسعودية فى ٨ مارس ٢٠٠٢ عن قيام أول عملية زراعة رحم. وكانت لامرأة في السادسة والعشرين من العمر، اضطرت لاستئصال رحمها منذ ستة أعوام بسبب نزيف حاد لم يتمكن الأطباء من السيطرة عليه بعد ولادتها الأولى. أما المتبرعة فهي امرأة في السادسة والأربعين اضطرتها ظروفها الصحية لاستئصال الرحم[2].

وبالفعل تمت زراعة الرحم لكن اضطر الأطباء لإزالته بعد تسعة وتسعين يوماً فقط بعد، زراعته حيث فوجئ الأطباء بأن الرحم يموت بسبب تجلط الدم داخل الأوردة الدموية الموصلة له، إلا أن العملية اعتبرت ناجحة وأشاد بها العديد من المتخصصين من مختلف الدول فهي تمثل خطوة جيدة وسبقا لأصحابها.. حيث تكمن صعوبتها في كثرة الأوردة الدموية الدقيقة التي تغذي الرحم، وقد استعان الأطباء لإجرائها ببعض الأوعية الدموية من الساق، وبالفعل نزل دم الحيض بانتظام وأكد Louis Keith خبير الخصوبة بالمركز الطبي لجامعة نيويورك أنه رغم إزالة الرحم المزروع فأن العملية لا تعتبر فاشلة[3].

وبناء عليه صدر قرار رسمي في السعودية أبلغت به جميع المستشفيات بمنع إجراء العمليات الجراحية غير المتعارف عليها أو الإقدام علي عمليات غير مسبوقة محملا في نفس الوقت المخالفين المسئولية الكاملة ومؤكدا أن هناك لجنة من المختصين تدرس حالياً وضع الضوابط؛ ذلك ولوحظ أن القرار الجديد الصادر من وزارة الصحة جاء بعد مرور نحو شهر تقريباً علي فشل عملية زرع

---

(١) طلعت القصبي – إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة – بحث مقدم إلى الندوة الطبية الفقهية الخامسة بالكويت في الفترة من (٢٣ : ٢٦) أكتوبر عام ١٩٨٩م بمجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، أنظر د/ محمد علي البار – الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ص ٢٥٥.

(٢) http://news.bbc.co.uk/olmedia/1855000/images/_1857426_surgeon_huddle300.jb

(٣) http://www.wahaweb.com منتديات واحة المرأة 2002 – 2001 ©

الرحم التي أجراها فريق طبي سعودي بقيادة الدكتورة وفاء فقيه للمريضة زين السفياني إذ تم استئصاله منها بعد رفض جسمها تقبل الرحم الجديد[1].

وتقدمت عائلة المريضة المتبرعة بالرحم بشكوى رسمية ضد الدكتورة وفاء فقيه والفريق الطبي، تدعي فيها – وفقا لما جاء بالشكوى – أنها أي المريضة لم تكن علي علم بأن رحمها الذي تم استئصاله منها استخدم في عملية زراعة أخرى مؤكدة أن المريضة دخلت غرفة العمليات لإزالة كيس دهني من علي المبايض[2].

وفي السويد أعلن فريق من الأطباء أن زراعة رحم آدمي ستصبح ممكنة في غضون ثلاث سنوات من الآن وأن النساء اللاتي ولدن بدون رحم أو اللاتي أجرين جراحات لاستئصال الرحم ستكن أول المرشحات للزراعة وأن المتبرعات المحتملات قد تكن إحدى شقيقات من ستجرى لها الجراحة إذا لم تكن ترغب في إنجاب المزيد من الأطفال أو والدتها. وادعى هؤلاء بأنه لن يكون العمر عائقا في سبيل إتمام هذه العمليات وقد تنجب المرأة من الرحم الذى ولدت هي منه إذا ما تبرعت به أمها لها[3] والذي دفع العلماء إلي التصريح بتلك الآمال أنهم توصلوا إلى إنتاج جيلين متتاليين من الفئران بجراحة زرع الرحم.

ولقد أشار هؤلاء إلى عدد من الضوابط الطبية التي تخص الزرع مثل وجوب تلاؤم الرحم المزروع وراثيا لمن ستجرى لها جراحة الزرع ولذا يفضل أن يكون المتبرعة من أقربائه). الدرجة الأولى للمتبرع لها وسيتطلب الأمر استخدام العقاقير لمنع رفض الرحم المزروع، كما أنه عندما ترغب المتبرع لها، في الإنجاب فإن المتبع علمياً في هذه الحالات أنه يجب إستخدام الإنجاب الصناعي لإخصاب بويضاتها من زوجها وأنها ستلد بجراحة قيصرية[4].

---

(١) الشرق الأوسط نت، عدد ٢٥، في ٢٠/٨/٢٠٠٠.

(٢) الحركة الإسلامية للإصلاح نت: "الدولة البائسة في الرحم المزروع"، مفهوم جديد لدى الحاضنة الكلتونية، ٢٨/٨/٢٠٠٠م.

(٣) خصوبة دوت كوم، "اختراق عملي: توليد بويضات من أنسجة مبيض مجمدة وتخصيبها لتحويلها إلى جنين حي"، عدد ١٥ يناير ٢٠٠٤.

(٤) د/ عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ١٣.

المطلب الثانى

موقف القوانين العربية من التعامل على الأعضاء التناسلية

وجديربالذكر أهتم القانون الطبي بوضع نظام قانوني لعمليات زرع الأعضاء.ومنها الأعضاء التناسلية، فمن الأسباب التى ساعد علي ظهور القانون الطبي هو التقدم العلمي والفني في مجال الطب فقد ساعد ذلك علي معرفة الكثير من قواعد فن الطب.

وبالرغم من اختلاف أحوال المرضى عن بعضهم إلا أنه تم التوصل إلى قواعد أصلية للطب بحيث يمكن على أساسها تحديد مسؤلية الطبيب عند خروجه عن هذه القواعد، ولهذا فالقانون يتدخل لإيقاع الجزاء علي من يخالف هذه القواعد كل هذه العوامل تجعل الاهتمام بدراسة هذه الجزئية من مسائل وموضوعات القانون الطبي أمراً في غاية الأهمية.

وفي مجال زرع الأعضاء التناسلية بالذات حيث توجد المشكلة القانونية الأساسية في مدى مشروعية تصرف الإنسان في جزء من جسمه نجد الارتباط الشديد بين الخطأ الجزائي والخطأ المدني[1]. فالطبيب الذي تنعقد مسئوليته جزائياً لاستئصال عضو من شخص سليم لزرعه في شخص مريض لابد أن تنعقد مسئوليته المدنية، ولهذا إذا أردنا بحث مشروعية عمليات زرع الأغضاء فأننا لابد أن نصل إلى تحديد مشروعيتها من الناحية الجزائية. وكل من المسئوليتين الجزائية والمدنية للطبيب تندرجان في نطاق القانون الطبي. ولهذا سنتعرض لدراسة القانون الجزائي بالقدر الذي يلقي الضوء علي مدى مشروعية عمليات زرع الأعضاء وبناء عليه.

فقد بدأت العديد من الدول بتنظيم كافة المجالات المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء ضمن ضوابط قانونية.

---

(١) د. سليمان مرقص – المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية القسم الأول ص ٢٦٩ رقم (١٠٣) القاهرة ١٩٧١ حيث يقرر أن الخطأ الجزائي متى ثبت عن طريق حكم بالإدانة يستتبع اعتبار الخطأ المدني ثابتاً أيضاً فالخطأ الجزائي يستغرق الخطأ المدني ولكن الخطأ المدني لا يستغرق الخطأ الجزائي. فقد يوجد خطأ مدني ولكنه لا يعتبر من قبيل الخطأ الجزائي.

لقد نصت بعض القوانين العربية صراحة " كالقانون الاردنى رقم ٢٠٣ الصادر سنة ١٩٧٧ م فى مادته الثامنة، كما صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ (مؤقت) والمسمى بقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان والمعدل بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٨٠ (مؤقت). كما صدر القانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٥٦ المسمى بقانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية.

- والقانون التونسي الصادر سنة ١٩٩١ م على تحريم نقل الأعضاء التناسلية سواء للرجال أو النساء الأعضاء التناسلية تستمر فى حمل الشفرات الوراثية حتى بعد نقلها إلى الشخص الآخر، وهو ما يؤدى إلى اختلاط الأنساب، كما أجاز المشرع التونسي منذ عام ١٩٥١ للمستشفيات أخذ أعضاء الأشخاص المتوفين.

- وكذلك التشريعات الخاصة التى أشارت إلى هذا المنع القانون القطري:

كما نصت المادة (٩) من القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧م بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء علي أنه: "لا يجوز بيع الأعضاء أو شرائها بأية وسيلة كانت أو تقاضي مبالغ مادية عنها."... ."

- وورد مثل هذا النص في المادة (٧) القانون الإماراتي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣م والمادة (٧) من القانون الكويتي رقم (٥٥) لسنة ١٩٨٧م بشأن زراعة الأعضاء.

- وقد تم إعداد مسودة مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية وذلك من خلال اجتماعات اللجنة الفنية لمجلس وزراء الصحة العرب المنعقدة في ٦- ١٨/١٢/١٩٨٦ في المملكة العربية السعودية وبمدينة جدة وبتاريخ ١١/٢/١٩٨٨ انتهت اجتماعات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي فأصدرت توصيانها بشأن أطفال الأنابيب وموقف الشريعة الإسلامية من أجهزة الإنعاش الصناعي وتحديد زمان الموت من الناحيتين الشرعية والطبية وقضية انتفاع الإنسان بأعضائه أو بأعضاء إنسان آخر حياً كان أم ميتاً ومسألة تأجير الأرحام.

- وفي الجمهورية اللبنانية صدر المرسوم الاشتراكي رقم ١٠٩ تاريخ ١٩٨٣/٩/١٦ والمسمى (بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية) وفي ١٩٩٤/٢/٢٢ صدر القانون رقم (٢٨٨) والمتعلق بالآداب الطبية.

- وأصدر المشرع الكويتي القانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٣، بشأن زرع الكلى مع الفتوى الشرعية رقم ١٩٧٩/١٣٢ والفتوى رقم ١٩٨١/٨٧.

- وفي العراق صدر قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ ثم قانون عمليات زرع الكلى رقم ٦٠ لسنة ١٩٨١ وحل محله قانون زرع الأعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦، حيث نصت المادة ٨ على " يحظر نقل الاعضاء التناسلية التى تحمل الصفات الوراثية من جسم شخص حى او جثة متوفى وزرعها فى جسم شخص اخر"[1].

- ونص القانون المغربي فى المادة رقم ١٦ – ٩٨ لسنة ١٩٩٩م المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها حظر أن تكون الأعضاء البشرية محلا للتداولات التجارية[2] وجديربالذكر نلاحظ أن القانون المغربي قد حرص علي

---

(١) راجع: د/ عبد الحميد اسماعيل الانصارى ضوابط نقل الاعضاء البشرية فى الشريعة والتشريعات العربية دراسة مقارنة دار الفكراعربى – الطبعة الاولى – ٢٠٠٠ ص ٢٥.

(٢) فقد نصت المادة (٣٠) من القانون المغربي رقم ١٦- ٩٨ المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها علي أن: "يعاقب بالحبس من سنتين الي خمس سنوات وبغرامة من ٥٠,٠٠٠ إلى ١٠٠,٠٠٠ درهم كل من عرض بأية وسيلة كانت تنظيم أو إجراء معاملة تجارية بشأن أخذ أعضاء بشرية خرقاً لأحكام المادة (٥) من هذا القانون ويعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة الأشخاص الذين يقومون بمعاملة تجارية تتعلق بعضو بشري ويعاقب بنفس العقوبات كل من تلق أو حاول تلق أجرة غير تلك المنصوص عليها والمتعلقة بإجراء عمليات مرتبطة بعمليات علي أخذ أعضاء بشرية أو الاحتفاظ بها أو زرعها أو ساعد في ذلك." ونص مشروع القانون المصري علي أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها القانون يعاقب بالسجن مدة لا تجاوز عشرة سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة الألف جنيه ولا تتجاوز خمسين ألف جنيه كل من استقطع أو زرع أحد الأعضاء أو جزءا منه أو أحد أنسجته بالمخالفة لأحكام المواد التي تضمنها مشروع القانون ومنها المادة (٤) التي تضمنت النص علي حظر بيع الأعضاء البشرية.

- ويشار هنا إلى أن مشروع القانون المصري بشأن استقطاع وزرع الأعضاء البشرية الذي وافقت عليه اللجنة المشتركة – لجنة الشئون الصحية ومكتب الشئون الدستورية بمجلس الشعب – نص في المادة (٤) علي أنه: "يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته علي سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل مادي للموافقة علي الاستقطاع..".

أن يكون النصفي الكتمان L'anonymat الذي يقضى بإخفاء هوية كل من المتبرع والمتلقي للعضو[1].

- وعلي الصعيد الدولي تبدو أهمية هذا الموضوع واضحة ففي لاهاي عقدت جمعية زراعة الأعضاء البشرية مؤتمرها الثالث عام ١٩٧٠ ولم تقصر منظمة الصحة العالمية فى تلك المسألة فقد ورد في تقريرها المقدم في الدورة التاسعة والسبعين التي عقدت في ١٩٨٦/١٢/٣ توضيح للأعضاء البشرية القابلة للنقل طبياً ولبعض الأسس.

ويرى بعض الفقهاء أن هذا المبدأ يمثل وسيلة للوقاية من عمل اتفاقيات بشأن جسم الإنسان، تجعل منه محلاً للعرض والطلب[2]، وهذا يؤكد مدى حرصهما علي درء شبهة الاتجار بالأعضاء.

فى حين أننا نرى أن شرط كتمان هوية المتبرع والمتلقي ليس حلا لهذه المشكلة، بل علي العكس من ذلك سوف يترتب أحيانا علي كتمان سرية هوية العينة زواج الأخ من أخته أو اختلاط الأنساب، بالإضافة إلى ميلاد طفل مشتت المشاعر عند معرفته من الآخرين عن طريق الصدفه مثلا بحقيقة أصله الجينى.

- ففي مصر صدر القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم وصدر كذلك القانون رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ وهو أول تنظيم تشريعي لمسألة الاحتفاظ بالعيون والاستفادة منها. واخيرا وافق مجلس الشعب في جلسته التى صدرت ٢٧ من فبراير عام ٢٠١٠ م بصورة نهائية على مشروع قانون رقم "٥" بشأن تنظيم زراعة الأعضاء البشرية.

---

(١) نصت المادة ١٢١١ – ٥ من القانون رقم ٢٠٠٤ – ٨٠٠ بتاريخ ٢٠٠٤/٦ أغسطس علي أنه: "لا يجوز للمتبرع معرفة شخصية المتلقي ولا للمتلقي أن يعرف شخصية المتبرع ولا يجب إفشاء أية معلومات تسمح بالتعرف علي الشخص الذي قام بالتبرع بجزء أو إحدى مكونات جسمه أو الشخص الذي يتلقى هذا التبرع.." نصت المادة (٧) من القانون المغربي رقم ١٦- ٩٨ المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها علي أنه: "لا يجوز للمتبرع ولا لأسرته التعرف علي هوية المتبرع له كما لا يجوز كشف أي معلومات من شأنها أي تمكن من التعرف علي هوية المتبرع والمتبرع له..".

(٢) H.BYK ،La Loi relative au respect du Corps humain ،op.cit

المطلب الثالث

موقف القانون المصري من نقل الرحم

نقل الأعضاء التناسلية وتحديدا الرحم مسألة مستجدة ومعقدة للغاية، و ذلك لأن هذه المسألة وليدة ما توصل إليه التقدم العلمي فى مجال نقل الأرحام بالتبرع؛ حيث تمكن الأطباء المعاصرون من تحقيق نتائج مذهلة فى نقل الأعضاء التناسلية؛ بسبب تلف أو مرض أو غيره بصورة يقوم فيها العضو المنقول للمتبرع له بالوظيفة الخلقية ذاتها التى كان يقوم بها فى الشخص المتبرع أى الذى نزع منه ذلك العضو.

ونظرا لحداثة هذه الطريقة، صاحب ظهورها تباينا فى الآراء ما بين مؤيد ومعارض لنقل عضو الرحم من امرأة إلى أخرى، الأمرالذى يجعلنا نحاول عرض وجهة نظر كل من الرأيين، وذلك من خلال دراستنا بداية للتدرج والتطور التشريعى لقانون زرع أو نقل الأعضاء من جسد إلى آخر وصولا إلى قانون زرع الأعضاء الجديد رقم "٥" لسنة ٢٠١٠.

أولاً: رأى فقهاء القانون حول مدى مشروعية نقل الرحم:

وسنتناول آراء شراح القانون حول مدى مشروعية نقل الأعضاء البشرية، وذلك قبل صدور القانون الجديد رقم "٥" لسنة ٢٠١٠ الخاص بنقل وزرع الاعضاء، والذى يخصنا منها بالتحديد عضو الرحم وذلك من خلال الإتجاهين الآتيين:

الإتجاه الاول: ذهب بعض الفقهاء المعاصرين[(١)] إلى القول بجواز نقل عضو الرحم لضرورة إنقاذ آدمي آخر يحتاج إلى هذا العضو أو ذاك[(٢)] بالشروط

(١) في عرض هذا الرأي يراجع: د. محمد نعيم ياسين – بيع الأعضاء الآدمية – بحث منشور ضمن أعمال ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية المنعقد في ١٨ إبريل سنة ١٩٨٧م – ص ٣٥١ وما بعدها، وقال بهذا الرأي أيضا الشيخ السيد سابق في ملحق الأربعاء – المدينة – العدد ٨٤ بتاريخ ١٤٠٥/١/٢٢هـ مشار إليه لدى د. محمد علي البار – الموقف الفقهي والأخلاقي – المرجع السابق – ص ١٨٤.

(٢) من القائلين بهذا الرأي: د. حسام الدين الأهواني – المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية – بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العدد الأول – السنة السابعة عشر – يناير سنة ١٩٧٥م – مطبعة جامعة عين شمس – ص ١٣٤ وما بعدها الا أنه لابد من الإشارة هنا إلى أن الدكتور حسام الدين الأهواني

الآتيه[1]:

١- ألا يكون الهدف من نقله الربح والتجارة

٢- أن تكون الغاية من النقل اتقاء مفسدة أعظم من مفسدة فقد العضو نفسه.

٣- ألا يكون بيع العضو متعارضاً مع نص شرعي خاص كبيع الشعر والسائل المنوي.

٤- ألا يكون هناك بدائل صناعية تقوم مقام العضو المراد نقله.

٥- أن يكون النقل تحت إشراف مؤسسة متخصصة موثوقة للتحقق من توافر الشروط السابقة.

كما أستند أصحاب هذا الرأى بالفتوى التى صدرت من مجامع الفقه الإسلامي[2] ولجان وهيئات الإفتاء[3]. وكذلك استدل هؤلاء علي رأيهم

=

قد عدل فيما يبدو عن رأيه هذا – يراجع : الدكتور: حسام الدين الأهواني – نحو نظام قانوني في جسم الإنسان – بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العدد الأول السنة الأربعون – يناير ١٩٩٨م – ص ٣٤ وما بعدها ، د. أحمد محمود سعد – زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة – دار النهضة العربية – الطبعة الأولى ١٩٨٦م – ص ٩١ وما بعدها ، د. سعيد سعد عبد السلام – مشروعية التصرف في جسم الآدمي دراسة فقهية مقارنه – مطبعة الجامعة بركة السبع – ص ٧٠.

(١) د. محمد نعيم ياسين – بيع الأعضاء الآدمية – البحث السابق – الموضع ذاته.

(٢) ومن الفقهاء المعاصرين القائلين بهذا الرأي الشيخ/ جاد الحق علي جاد الحق – بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة – مرجع سابق – ٤٢٨/٣ ، د. يوسف القرضاوي – من هدى الإسلام فتاوى معاصرة – مرجع سابق ٥٣٣/٢ ، د. محمد سعيد رمضان البوطي – قضايا فقهية معاصرة – القسم الأول – مكتبة الفارابي دمشق – الطبعة الخامسة ١٩٩٤م – ص ١٢٠ وما بعدها ، حسن مراد مناع – فتاوى وتوجيهات – دار الصفوة للطباعة الغردقة – الطبعة الثالثة – ص ٧١ ، د/ محمد نعيم ياسين – أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة – دار النفائس الأردن الطبعة الثالثة ٢٠٠٠م – ص ١٥٨ ، د. آية الله محمد آصف المحسني – الفقه ومسائل طبية – مؤسسة بوستان – ص ١٦ وما بعدها ، د. محمد عبد الرحمن الضويني – التصرف بالأعضاء – مرجع سابق – ص ٧١.

(٣) قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي – الدورة الثامنة – المنعقد في مكة المكرمة – من ١٩ – ٢٨ يناير ١٩٨٥م ، حيث جاء فيه : "أولا : أن أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم آخر مضطر اليه لإنقاذ حياته أو لأستعادة وظيفته من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز لا يتنافي مع الكرامة الإنسانية" وورد نحوه في قرار مجمع الفقه الإسلامي – الدورة الرابعة – المنعقد في جدة ٦ – ١١ فبراير ١٩٨٨م – فتوى

=

بالكتاب(١).

كما أستندوا أيضا إلى أن بعض الحقوق اللصيقة بالشخصية يجوز بيعها كالدم ؛ حيث أجاز المشرع المصري بيعه في القانون رقم (١٧٨) لسنة ١٩٦٠م فيقاس عليه باقي الأعضاء(٢). ويمكن الرد علي هذا القياس: بأنه قياس مع الفارق، وذلك لأن القانون السالف الذكر قد ورد علي سبيل الاستثناء ؛ لأن الأصل عدم جواز المساس بالجسم في القانون المصري، والاستثناء لا يقاس عليه

=

كبار العلماء في المملكة العربية السعودية – رقم ٩٩ الصادرة في ١٤٠٢/١١/٦ هـ – حيث ورد فيها: "٢ – جواز تبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه أو جزئه إلى مسلم مضطر الي ذلك". وفتوى لجنة الإفتاء الجزائرية – الصادرة في ١٩٧٢/٤/٢٠م – حيث جاء فيها: "أنه في حالة نقل العضو من الحي لابد من التأكد أن يكون ذلك برضى تام من المتبرع وألا يلحق به ضرر" فتوى لجنة الإفتاء في المملكة الأردنية الهاشمية الصادرة ١٩٧٧/٥/١٨م – حيث جاء فيها: "٣ – أن كان المنقول منه العضو أو الدم حيا فيشترط ألا يقع النقل علي عضو أساسي في الحياة إذا كان هذا النقل قد يؤدي الي وفاة المتبرع ولو كان ذلك بموافقته، بيان مجمع البحوث الإسلامية ودار الإفتاء المصرية – مجلة الأزهر – العدد الأول – السنة السبعون – مايو ١٩٩٧م – ص ٤٦ والذي أجاز التبرع بالأعضاء.

(١) " قال تعالى: (من أجل ذلك كتبنا علي بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا) سورة المائدة من الآية ٣٢".

وجه الدلالة:

قال المفسرون: إن المراد بالإحياء المذكور في الآية هو الترك والإنقاذ من هلكة – وهو مجاز – لأن الإحياء الحقيقي مختص بالله سبحانه وتعالى "الجامع لأحكام القرآن ١٤٥/٦، الدر المنثور – للإمام عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي – المتوفي ٩١١ هـ – دار الفكر بيروت – طبعة ١٩٩٣م – ٦٤/٣ وما بعدها فتح القدير ٣٤/٢"

والإحياء المذكور في الآية لفظ عام يشمل كل إنقاذ من التهلكة. ومن ثم يدخل فيه التبرع بعضو من الأعضاء غير المتجددة – كالكلية والرئة.. الخ – لإنقاذ مريض من الهلاك المحقق. ويناقش هذا بأن هذه الآية لا دليل فيها علي أن إحياء النفس مندوب وليس فيها تعيين الإحياء بل إن المقصود بالإحياء في الآية كما ذكر المفسرون " الجامع لأحكام القرآن ١٤٥/٦ وما بعدها، فتح القدير ٣٤/٢."

إنما هو حجة عليكم لا لكم لأن المقصود من إحياء النفس الإنقاذ من التهلكة ومنع الأذي والاعتداء علي النفس لأن ذلك من أسباب الإحياء لها، والتبرع بالأعضاء يؤدي إلى التهلكة وهذا ليس إحياء وإنما هلاك وإضعاف للجسد.

(٢) د. أحمد محمود سعد – زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة – مرجع سابق – ص ٩٣.

ولا يتوسع في تفسيره يضاف إلى ذلك أن الدم وإن كان عضواً إلا أنه يختلف عن سائر الأعضاء غير المتجددة فهو سائل يتجدد تلقائياً.

أما عمليات زرع الرحم أو المعالجة الطبية الجراحية أو، غيرها فهي وان كانت مساسا بالجسم إلا أنها تعد من أسباب الاباحة (المادة ٤١/ ٢ عقوبات) التي تعفي الطبيب من المسؤولية الجنائية إذا أجريت طبقا للضوابط الفنية والقانونية؛ لأن المساس بسلامة الجسد من أجل صيانته وحفظه من الأمراض لا يعد مساسا ضارا أو تعطيلا لوظائف البدن. علما أن القانون لا يعتد برضاء الشخص في جرائم الاعتداء على الحياة او الجسم ولا ينفع للجاني أنه قام بالفعل برضا المصاب[1].

الاتجاه الثاني: ذهب معظم رجال القانون إلى حظر نقل الأعضاء:

هذا وقد ذهب أصحاب الرأى المعارض للنقل ونحن نشاطرهم الرأى الي تبرير حظر مثل هذا النوع من العمليات الي أن حق الانسان في الحياة وأعضاء جسمه من الحقوق التي تخرج عن نطاق الإتفاقات[2] والعقود ومن ثم فان رضاء البائع أو المتبرع لا يجيز مثل هذا التصرف أية ذلك أن الرضاء يجب توافره بجانب قصد العلاج الذي هو سبب إباحة[3] التطبيب والجراحة[4].

---

(١) د. محمود محمود مصطفى – مسئولية الأطباء والجراحة الجنائية – القانون والاقتصاد – السنة ١٨، ١٩٤٨ ص ٢٨٠.

(٢) Dierkens (R.): Les droit sur le corps et le cadaver de l'Homme، ed. Paris 1966، P. 30.
Cass. Civ.: 26.10.1972 D. 1973، P. 51.
Cass. Civ.: 9-5-1973، Gaz. PAL.: 1970-630، Note Doll.

(٣) ويرى الاستاذ الدكتور أحمد شرف الدين ان سبب اباحة عمل الطبيب او الجراح يكمن في اذن الشرع الذي ينشأ له رخصة استثناء من المحظور لا يستطيع في الاصل ان يستعملها علي جسم المريض الا باذنه فكان اذن الشرع هو الذي انشأ سبب الاباحة من الناحية التجريدية أما اذن المريض فلا يعدو ان يكون العامل المباشر الذي يمكن الطبيب من العمل بالرخصة التي خولها له الشرع علي جسم المريض.
تفصيل ذلك د. أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية. ف ١٤ ص ٤٢.

(٤) Rene Savatier Les problemes juridiques des trans plantations d'organes humains. J.C.P. Paris، (1969) p. 2247

ويستفاد مما سبق أن الأصل هو خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل، ومن ثم تكون الاتفاقات الواردة عليه غير مشروعة ولا يجوز تبرير الاباحة استناداً لحالة[1] الضرورة لانعدام شروطها ومنها وجود خطر جسيم حال كأن يقضي الطبيب علي الجنين انقاذا لحياة الام في ولادة عسرة.

ويرجع السبب فى عدم إباحة مثل هذا النوع من العمليات وخضوع القائم بها تحت وطأة المسئولية الجنائية العمدية، أن مثل هذا النشاط يعد مخالفاً للنظام العام[2] سلامة جسمه، والأمر كذلك بالنسبة للحياة. وهذه الحقوق هي حقوق غير مالية[3]. كما سبق وأن ذكرنا.

ومن ثم لا يجوز القول بإباحة هذه العمليات قياسا علي منح الدم؛ وذلك لأن عملية نقل الدم لا يتأتي عنها اي ضرر حقيقي علاوة علي أن هناك المسوغ الشرعي لها حيث نظمت تلك العملية وأبيحت بموجب القانون[4] الصادر في ١٩٥٢/٧/٢١ وذلك بخلاف عمليات زرع الاعضاء التي تتضمن اعتداء علي حق المتنازل مقابل فائدة محتملة للمريض المتنازل له ولهذا وجب من حيث المبدأ عدم اباحتها ولا يغني عن ذلك القول بأن هناك رضا من المتبرع أو البائع لأن القول بذلك يعني انتهاك الحرمة المطلقة لجسم الانسان والمحافظة علي كيانه وسلامته والضرر الذي يتمثل في فقد الحياة وهو مساس بالحق في الحياة ضرر غير

---

(١) د. محمود محمود مصطفى. مجلة القانون والاقتصاد س ١٨ ص ٢٨٩ ود. حمدي عبد الرحمن ص ١٠٠.

(٢) د. أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ط ١٩٨٢ فقرة ٢٠ ص ٣٢ مطبعة الحضارة العربية والاحكام الشرعية للاعمال الطبية طبعة الكويت الفصل الاول استقطاع الاعضاء البشرية بغرض الزرع ص ص ٨٩ - ١٥٥.

- Cases. Civ.: 4-2، 1959 la sem jurid، 1959، 11046، Note Savatier.
- A. Weill،: Droit civil، les obligations، Paris 1971، P. 36.
- R. Savatier: Traite de la Resp. Civil. T. 2 Paris 1951، No. 526، P. 92.
- A.Charaf El-Din: These، op. cit.، N. 60 P. 39.

(٣) - J. Dabin: Droit civil. (obligations)، Paris، 1972، P. 312.
- R. Savatier: Les Metamorphoses economiques et socials، du droit prive d'aujourd'hui، T. 2، 1957 N. 254.

(٤) - J. Matherbe: op. cit.، P. 37.

مالي مثله في ذلك مثل هذا الحق[1]. أن الحياة وكل المميزات او الممكنات التي تخولها لصاحبها ليست أموالاً بالمعنى[2] الصحيح وعلي سبيل المجاز أن الحياة تعتبر أغلى الأموال[3].

"la vie... est consideree comme un bien en soi"

ومن ثم لا يجوز أن يدخل في دائرة المعاملات القانونية علاوة علي أن للإنسان علي جسمه حق انتفاع – كما قال[4] البعض القديس توماس الاكويني – وان ملكية الرقبة لله فيجب علي الانسان عليه بالصورة التي تلقاها من الله وعليه ان يعيده الي ربه مالك الرقبة ذلك ان صاحب حق الانتفاع لا يملك حق التصرف واذا لم يكن يملك المتنازل حق التصرف فمن باب اولى لا يجوز للطبيب أن يقوم بذلك لإنتفاء قصد العلاج وغاية ما يمكن أن يقال في هذا الموضع انه لا يجوز إستئصال أي عضو من إنسان إلا اذا كان من أجل مصلحة المتنازل – ذاته – كما لو أستؤصلت عين مريض تستوجب حالته الصحية استئصالها ففي هذه الحالة يعد العمل من زاوية المتنازل عملا علاجيا وانه لا ضرر في هذه الحالة من إستعمالها لإنقاذ شخص آخر وفيما عدا[5] ذلك فالحظر قائم للنتائج الوخيمة التي تترتب عليها من اصابة الشخص المتنازل بالام نفسية اذا ما غرر به من قبل الاطباء بافهامه – علي غير الحقيقة – عن طريق المدح للزائف للدور الانساني الذي يقوم به لخدمة الانسانية والعلم.

---

(١) - J. Dabin. Lagasse: abs. a la Rev. Critique de la jurisprudence، belge، 1959، P. 308.

(٢) H. Capitan: Note sous cass. civ. 13 Avr L. 1921، D. 1992، 1.5.

(٣) P. Esmein: Note، D. 1962 – 151.

(٤) وقد تعرض رجال الكنيسة الكاثوليكية لهذا المشكل وطبقوا تعاليم توماس الاكويني فيقول البابا بيوس الحادي عشر ان الافراد لا يجوز لهم ان يتلفوا اعضاء جسمهم أو ينزلوا عن هذه الاعضاء او يجعلوا الجسم غير قادر علي اداء وظائفه الطبيعية اللهم الا اذا كان من اجل المحافظة علي باقي اعضاء الجسم.
مشار اليه في د. حسام الاهواني المرجع السابق طبعة ١٩٧٥ صفحة ٢٢ وما بعدها.

(٥) P. 857، L. Kornprobst: La Resp. Med. Op. Cit..

ثانياً: التطور التشريعي لقانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية:

مدى إمكانية إمتداد أحكام القانون(رقم ١٠٣ لسنة١٩٦٢) الخاص ببنك العيون على التبرع لبنوك النطف البشرية.

فإن التساؤل يثور لمعرفة ما إذا كان حكم هذا القانون يمتد ليسرى على التنازل عن عضو الرحم باعتباره عضو تناسلي أو المنتجات البشرية إذا أثبت علميا أنه غير ناقل للمورثات وبالتالى لن يكون هناك إختلاط أنساب: للإيجابة على هذه المسألة لابد من دراسة موقف قانون العقوبات من إمكانية إمتداد أحكام هذا القانون لأن إذا كان ذلك غير ممكن من الناحية الجنائية فإن الفعل يعد جريمة وبالتالي سوف تترتب عليه المسئولية المدنية ومن ثم سوف نتعرض للمسألة فى نطاق القانون المدنى.

موقف قانون العقوبات من القانون(رقم ١٠٣ لسنة١٩٦٢) تنص المادة ٦٠ من قانون العقوبات على ان " لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل من أرتكب بنية سليمة عملا مقرر بمقتضى الشريعة " ويترتب على ذلك كون الفعل مباحا إذا وقع استعماله لحق يقرره القانون لمرتكبه.

وأسباب الإباحة التى قررها القانون العقوبات فى ذاك الوقت لإستعمال الحق فى التبرع بالاعضاء هى :-

- توافر عنصر الضرورة
- يجب أن يكون النقل من أجل العلاج
- ضرورة رضاء المتبرع لأستعمال الحق الذى خوله له القانون الذى ليس سببا فى الإباحة.
- استنفاذ كافة الطرق العلاجية لكي يمنح القانون الطبيب حق الزرع

والسؤال هنا هل يمكن طبقا للقواعد العامة فى قانون العقوبات السالف ذكره إمتداد أسباب الإباحة هذه إلى سائر عمليات التبرع الأعضاء عامة والرحم خاصة؟

نرى أنه يمكن القياس كوسيلة للتفسير بالنسبة للنصوص شريطة أن تتفق مع أسباب الإباحة السابق ذكرها، ويجدر الإشارة هنا إلى أن عدم اتفاق النصوص القانونية بالقياس على أسباب الإباحة يعتبره القانون الجنائي قياسا

محرما لأنه سوف تتولد عندئذ جريمة تتبعها عقوبة ، بالإضافة إلى أن القياس لا يستهدف خلق أسباب جديدة للإباحة وإنما يقتصر على توسيع نطاق السبب بحيث يسجل وقائع لم ينص عليها القانون صراحة ، وفى هذا يتضح أن القياس يساعد كطريقة لتفسير النصوص التى تتكلم عن أسباب الإباحة وعلى هذا يقوم القياس بمساعدة تفسير الوقائع التى لم ينص عليها القانون صراحة[١] .

ولعل الصحيح أن التصرف الخاطئ المنسوب عن الفعل لأتجاه المتبرع وحده وإنما نص القانون الذى يسمح بالمساس بالجسد من أجل مصلحة الغير[٢] وهذا الإتجاه الذى سلكه القضاء المصري[٣] .

وعلى هذا يتبين من خلال ما سبق أن سبب الإباحة الوارد فى القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ لا يمتد حكمه إلى التبرع بالرحم لذلك لا يمكن القول بقياس التبرع بالرحم على أحكام القانون السابق ذكره وذلك لعدم توافر أسباب الإباحة السابقة من حيث عدم توافر معيار الضرورة ونريد أن ننوه على الضرورة المقصود بها أسباب الإباحة من وجهة نظرنا وهى " الحالة التى يكون عليها الشخص مشرف على الهلاك.

"نرى إستنادا بالقياس على معيار الضرورة السابق بعدم إجازة التبرع بالرحم إلا فى حالة واحدة رغم ندرة حدوثها أو عدم توافرالإمكانية الطبية لتنفيذها حتى الآن على حد علمنا حتى هذه اللحظة فلو تمكن العلم من إجرائها وهى عند أشراف أو هلاك رحم الأم الحامل نتيجة حادث أو ما إلى ذلك...... وخوفا على الجنين الموجود بالفعل داخلها من الهلاك المتوقع يجوز عندئذ استبدال رحم امرأة فى حكم المتوفاة (الموت الاكلينيكى) بشرط ان تكون حتى أقارب

---

(١) محمود مصطفى القسم العام رقم ٩٣ ص ١٥٩ وما بعدها

(٢) محمود مصطفى المرجع السابق ص ٩٠ الهيئة العامة للمواد الجنائية فى أول يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض الجنائى س ١٤ ص ١ (طعن رقم ١٠٨٤ لسنة ٣٢ ق. وتقول المحكمةصراحة أن القياس فى اسباب الإباحة امر يقره القانون) أنظر ماسيلى رقم ٥٤ ص ٨٣

(٣) نقض ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٢ — مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٦٢ ص ٥٩٦ ، ١٩ فيراير سنة ١٩٣٤ ج٣ رقم ٢٠٩ ص ٢٧٢ ، نقض ١٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ مجموعة احكام النقض ١٩٥٨ رقم ٢١٩ ص ٨٩١ وأنظر أيضا محمود نجيب حسنى اسباب الإباحة فى التشريعات العربية رقم ١٦ ص ٢٦ القاهرة ١٩٦٢

الدرجه الثانية لأنه فى هذه الحالة نرى توفرعنصر الضرورة أى إنقاذ الجنين وهو سبب من أسباب الإباحة الذى أقره القانون فى شأن إجازة التبرع بالأعضاء المتمثلة فى الحفاظ على حياة الجنين من الموت المنتظر.

وتطبيقا للرأى السابق على عملية نقل الرحم تقع الجريمة الجنائية على المتبرع والمتبرع له ولا يعتد برضائهما ويكون تصرفهما باطلا لتعلقة بالنظام العام.

أما بالنسب للحالة التى رأينا إمكانية أجازتها فمتى توافر سبب الإباحة فأن التبرع أو نقل العضو الرحم من المتوفاة إلى المرأة الحامل المشرف وليدها على الهلاك لا يعتبر من قبيل الخطأ فى مفهوم القانون المدنى لأن هذه الحالة يحيط بها ظروف تجعله عملا مشروعا ومن ثم لا تنعقد المسئولية وكذلك بالنسبة إلى موقف الطبيب القائم بعملية النقل أو التبرع السابق أجازتها لا يعتبر من قبيل الخطأ وبالتالي لا تترتب عليه مسئولية مدنية وتباعا لا يسأل عن أى تعويض لأنه يستعمل فى هذه الحالة حقا مشروعا خولة له القانون لتوافر عنصر الضرورة اللازم لإباحة النقل أو التبرع وهو إنقاذ الجنين من الوفاة.

وبالرغم من أن القانون المصري كانت خطواته بطيئة مقارنة بالقوانين المقارنة فى تناول تنظيم مثل هذه المستحدثات الطبية سواء بإقرار المشروعية مع إتخاذ الضوابط التي تخص ذلك ولا بحظر ممارستها بتجريم الأفعال المؤدية إليها رغم انتشار مراكزالإنجاب الصناعى.

إلا أن المشرع المصري حرص على حماية الجسد وذلك بتضمين الدستورالمصري الصادر عام ١٩٧١/٩/١م التأكيد علي حرمة الكيان المادي والمعنوي للإنسان حيث حظر إجراء أي تجربة طبية أو علمية علي إنسان بغير رضائه الحر(١) كما نص علي أن كل اعتداء علي الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين أو غيرها من الحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية أو المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء(٢).

---

(١) المادة ٤٣ من الدستور الدائم المصري لسنة ١٩٧١م.
(٢) المادة ٥٧ من الدستور المصري.

ثم جاءت الأطر القانونية التي تنظم التبرع في ظل غياب التشريع الوطني. وفي ظل الغياب التشريعي غير المبرر، فإن الإطار الوحيد المنظم لزراعة الأعضاء في مصر كان لائحة آداب المهنة[1] حتى العام الماضي. وتخلو اللائحة من عقوبات رادعة لمن يخالف حتى آداب ممارسة المهنة دون التطرق – بالطبع – للمسائلة الجنائية والحق المدني نظراً لطبيعتها بالأساس التي لا تعدو عن كونها مجموعة أخلاقيات لما ينبغي أن تكون عليه عمليات نقل وزرع الأعضاء من وجهة نظر النقابة.

وبعد أنتظار فى ظل وجود غياب تشريعى لتقنين ووضع الضوابط القانونية لزرع الاعضاء حتى جاءت موافقة مبدئية أقرها مجلس الشعب المصري على قانون نقل وزراعة الأعضاء – الذي وصف بالأطول نفسا – أعتبرها بعض الأطباء إنجازا طبيا ينقذ حياة كثير من المرضى، بينما أعرب البعض تحفظه على

---

(١) وتنص لائحة آداب المهنة على أن تحاط نقابة الأطباء علماً بأي عملية نقل أعضاء معترفة بهدف إجراء تحريات لضمان نزاهة عملية التبرع والزرع، طبقاً لأخلاقيات المهنة المنصوص عليها في لوائح النقابة. كما لا يمكن أن تتم عملية النقل إلا بعد أن تصدر لجنة خاصة قرارها بالموافقة على إجراء العملية ، حيث تنص المواد ٤٩، ٥٠، ٥١، من لائحة آداب المهنة الصادرة بقرار وزير الصحة رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣ بتاريخ ٢٠٠٣/٠٩/٠٥ على الآتي :-

مادة (٤٩)

تخضع عمليات نقل الأعضاء والأنسجة البشرية للمعايير الأخلاقية والضوابط المنصوص عليها في التشريعات واللوائح المنظمة لذلك.

مادة (٥٠)

على الطبيب قبل إجراء عمليات نقل الأعضاء وفقاً للتشريعات المنظمة لذلك أن يبصر المتبرع بالعواقب الطبية والأخطار التي قد يتعرض لها نتيجة لعملية النقل وأخذ الإقرارات اللازمة التي تفيد علمه بكافة العواقب في هذا الشأن قبل إجراء العملية.

مادة (٥١)

يحظر الإتجار في الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية والجينات البشرية ولا يجوز بأي حال من الأحوال للطبيب المشاركة في هذه العمليات وإلا تعرض للمساءلة التأديبية.

وحتى إصدار القانون، أعلن وزير الصحة عن قرار بعدم إجراء عمليات زرع الأعضاء إلا بقرار من الوزير ونقابة الأطباء. ولغرض تنظيم هذه العمليات، أنشأ القرار الوزاري رقم ٧٠ لسنة ٢٠٠٩، والذي صدر في ٢٢ فبراير، سجل خاص بعمليات زرع الأعضاء بالإدارة المركزية للمؤسسات العلاجية غير الحكومية والتراخيص.

عدد من مواده لاسيما الخاصة بالعقوبة المشددة والتي تصل إلى الإعدام[1]، ولكن سرعان ما راعي القانون الحق في الحياة، حيث ألغى القانون عقوبة الإعدام في قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية واستبدالها بالسجن المشدد في حالة إذا ما وقع فعل تسبب في الوفاة.

ومن ثم رأى البعض أن الرقابة والمتابعة في تطبيق القانون هو الأمر الأهم، حيث إن الهدف منه القضاء على تجارة الأعضاء[2].

وقال إن هناك شروطا تضبط عمل المستشفيات والمراكز الخاصة التي ستجرى بها عمليات نقل وزراعة الأعضاء، حيث تأخذ ترخيصا مؤقتا في البداية مدته سنة وبعد ذلك يجدد كل ثلاث سنوات مع التقييم المستمر لكل مركز أو مستشفى خاص، والمخالف سيطبق عليه القانون بعقوباته المتنوعة حسب نوع المخالفة أو الجريمة التي ارتكبها.

وأزال نقيب الأطباء اللبس بخصوص حظر نقل الأعضاء بين المصريين والأجانب، والذي اعتقد البعض أن الاستثناء قاصر على الزوجين فقط، موضحا أن القانون الجديد يسمح للأب والأم إذا كان أي منهما أجنبي بعد مرور ثلاث سنوات على زواجهما إذا كان موثقا بنقل الأعضاء بينهما أو بينهما وبين أبنائهم جميعا.

من جهة أخرى، انتقد ما تردد بأن هذا القانون لا حاجة له مع ظهور بديل قريب بدأ العمل به في دول أوروبية وهو العلاج بالخلايا الجذعية. وقال إنه بالفعل بديل عن زرع الأعضاء لكن أمامه ٥٠ عاما على الأقل ليمارس في مصر، متسائلا "ماذا عن المرضى الذين في حاجة لزرع الأعضاء وإلا سيموتون بعد أشهر؟!".

(١) حيث ورد بالقانون فيما يتعلق بعقوبة الإعدام إذا ترتب على إجراء العملية وفاة المنقول إليه نتيجة زرع عضو أو جزء من عضو شخص متوفى، معتبرها "إحدى سلبيات القانون"، مضيفا أن الاتجاه العام كان مع تشديد وتغليظ العقوبة لحماية المواطنين وطمأنتهم.

(٢) نقيب الأطباء رئيس لجنة الصحة بمجلس الشعب قال – لموقع "أخبار مصر" www.egynews.net - إن عقوبة الإعدام إحدى سلبيات القانون، وهي النقطة نفسها التي اعتبرها رئيس اللجنة التشريعية بالمجلس سابقا أبرز إيجابياته.

ثالثاً: حكم التعامل على نقل الرحم فى القانون الجديد:

وأخيرا ومن خلال القانون الجديد رقم "٥" لسنة ٢٠١٠ الذى أصدرة المشرع المصري لتنظيم عمليات تبرع ونقل الأعضاء[(١)] يمكن لنا أن نستنتج ونستنبط الضوابط التى تنظم التبرع بالأرحام وذلك في ظل افتقادها لحكم قانوني صريح بالجواز أو بالمنع وأقتصار الموضوع على معيار إختلاط الانساب وحتى الآن لا يوجد رأى طبى قاطع تجاه هذه المسألة هل يتم نقل مورثات عبر الرحم أم لا؟ ، وذلك من خلال المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لقانون نقل الأعضاء المصرى[(٢)].

---

(١) موافقة صدرت ٢٧ من فبراير عام ٢٠١٠ أقرها مجلس الشعب المصري على قانون نقل وزراعة الأعضاء – الذي وصف بالأطول نفسا – اعتبرها بعض الأطباء أنجازا طبيا ينقذ حياة كثير من المرضى، بينما أعرب البعض تحفظه على عدد من مواده، حيث أن الهدف منه القضاء على تجارة الأعضاء.- راجع ص ٢٤٥ من هذا الكتاب

(٢) اللائحة التنفيذية لقانون نقل الأعضاء المصرى

الفصل الأول : أحكام عامة

- مادة (١) لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة بنقل أى عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حى أو من جسم إنسان ميت بقصد زرعه فى جسم إنسان آخر إلا طبقا لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له.- مادة (٢) لا يجوز نقل أى عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حى بقصد زرعه فى جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقى أو علاجة من مرض جسيم، ويشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته.

ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدى إلى اختلا ط الأنساب.

- مادة (٣) مع مراعاة حكم المادة السابقة يحظر الزرع من مصريين إلى أجانب عدا الزوجين إذا كان أحدهما مصريا والآخر أجنبيا، على أن يكون قد مضى على هذا الزواج ثلاث سنوات على الأقل وبعقد موثق على النحو المقرر قانونا لتوثيق عقود الزواج.

ويجوز الزرع بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبى فيما بينهم جميعاً. كما يجوز الزرع فيما بين الأجانب من جنسية واحدة بناء على طلب الدولة التى ينتمى إليها المتبرع والمتلقى على النحو الذى تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون

- مادة (٤) مع مراعاة أحكام المادتين (٢، ٣) من هذا القانون، لا يجوز نقل أى عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حى لزرعه فى جسم إنسان آخر، إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع فيما بين الأقارب من المصريين. ويجوز التبرع لغير الأقارب إذا كان المريض فى حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع بشرط موافقة اللجنة =

الخاصة التى تشكل لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة وفقاً للضوابط والإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

- مادة (٥) فى جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتاً بالكتابة وذلك على النحو الذى تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ولا يقبل التبرع من الطفل، ولا يعتد بموافقة أبوية أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثلة قانونا.

ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء بشرط صدور موافقة كتابية من أبوى الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما فى حالة وفاة الثانى أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانونى لعديم الأهلية أو ناقصها.

وفى جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء فى إجراء عملية النقل وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون ضوابط التبرع وإجراءات تسجيلية.

- مادة (٦) يحظر التعامل فى أى عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو اشراء بمقابل أيا كانت طبيعته.

وفى جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أى من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقى أو من ذوية بسبب النقل أو بمناسبته.

كما يحظر على الطبيب المختص البدء فى إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أى حكم من أحكام الفقرتين السابقتين

- مادة (٧) لا يجوز إلبدء فى عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقى إذا كان مدركا بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها فى المادة (١٣) من هذا القانون بطبيعة عمليتى النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة على المدى القريب أو البعيد والحصول على موافقة المتبرع والمتلقى، أو موافقة نائبة أو ممثلة القانونى إذا كان من ناقصى الأهلية أو عديمها بالنسبة للخلايا الأم وفقاً لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٥)، وتحرر اللجنة محضراً بذلك يوقع عليه المتبرع، والمتلقى ما لم يكن غائباً عن الوعى أو الإدراك أو نائبة أو ممثله القانونى

- مادة (٨) يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حى أو علاجة من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوى فى جسده، أن يزرع فيه عضو وجزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، وذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبته فى أية ورقة رسمية أو أقر بذلك وفقا للإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون

- الفصل الثانى : منشآت زرع الأعضاء البشرية

- مادة (٩) تنشأ لجنة عليا تسمى (اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية) تكون لها الشخصية الاعتبارية تتبع رئيس مجلس الوزراء، ويصدر بتشكيلها وتنظيم عملها وتحديد مكافآت أعضائها ومعاونيهم قرار منه بناء على عرض وزير الصحة.

ويتولى وزير الصحة رئاسة اللجنة ويعين أمانة فنية لها، وتتولى اللجنة إدارة وتنظيم عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة، وتحديد المنشآت التي يرخص لها بالزرع وكذلك الإشراف والرقابة عليها وفقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له.

ويصدر وزير العدل بالاتفاق مع وزير الصحة قرارا بمنح صفة الضبطية القضائية للعاملين الذين يتولون الإشراف والرقابة على المنشآت المشار إليها وذلك في حدود الاختصاصات الموكلة لهم في هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذه له.

- مادة (١٠) تعد اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية قوائم بأسماء المرضى ذوى الحاجة للزرع من جسد إنسان ميت بحسب أسبقية القيد في السجل المعد لذلك، ولا يجوز تعديل هذه الأسبقية إلا إذا كان المريض في حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع وفقاً للقواعد الطبية والإجراءات التي تحددها اللجنة العليا، ولا تسرى هذه القوائم على الزرع فيما بين الأحياء.

ولا يجوز بأى حال من الأحوال تخطى الترتيب الذى أوردته القوائم المذكورة بسبب عدم قدرة المريض على دفع نفقات عملية الزرع.

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الخاصة ببيان الأسبقية المشار إليها طبقاً للظروف المرضية، وكيفية حفظ سجلات القيد، والإجراءات الخاصة بحالات العجز عن السداد، والرجوع على المرضى القادرين بنفقات العملية.

- مادة (١١) تتكفل الدولة بنفقات إجراء عمليات زرع الأعضاء في المنشآت الطبية المرخص لها، وذلك بالنسبة إلى كل من يعجز عن السداد ممن حل عليه الدور وفقا للضوابط التي يصدر بها قرارا من وزير الصحة.

وينشأ صندوق للمساهمة في نفقات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة لغير القادرين يتبع وزير الصحة وتتكون موارده من

- تخصصه الدولة في الموازنة العامة.
- حصيلة الغرامات الموقعة على المخالفين لأحكام هذا القانون.
- الرسوم التي تحصل طبقاً لهذا القانون.
- التبرعات.

- مادة (١٢) يصدر الترخيص للمنشأة بمزاولة عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشأة للرقابة والإشراف المستمرين في شأن ما تم إجراؤه من عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة في هذا الشأن وما يجب أن يتسم به تنظيم عمليات التبرع والزرع من شفافية، فإذا ثبت توافر الالتزام بالاشتراطات والمعايير المشار إليها يكون تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات.

- ويكون إصدار الترخيص وتجديده مقابل رسم تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون فئاته بما لا يجاوز عشرين ألف جنيه لكل ترخيص أو تجديد له.

- ويجب أن يتسم تنظيم وتنفيذ أنشطة التبرع والزرع بالشفافية على النحو الذى تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

الفصل الثالث

إجراءات زرع الأعضاء البشرية

رابعا: الضوابط التى تنظم نقل الأرحام فى ظل قانون نقل الاعضاء الجديد رقم "٥" لسنة ٢٠١٠:

١- توافرعنصرالضرورة أو وجود مرض جسيم.
٢- ضرورة رضاء المتبرع لأستعمال الحق الذى خوله له القانون.
٣- يحظر الزرع من مصريين إلى أجانب.
٤- يجوززرع جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، إذا أوصى بذلك بشرط التوثيق.
٥- ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدى إلى إختلاط الأنساب.
٦- ألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته.
٧- . يجب أن يكون النقل من أجل العلاج.
٨- استنفاذ كافة الطرق العلاجية على أن يكون النقل هو الحل الوحيد.

١- توافر حالة الضرورة لإجازة التبرع بعضو الرحم من إمرأة إلى اخرى أو وجود مرض جسيم.

كما أنه من الضوابط المهمة التي نص عليها الفقه القانوني هو توافر حالة الضرورة العلاجية التي يوجبها حفظ حياة الفرد المراد نقل العضو إليه الأمر

بالنسبة إلى معيار الضرورة أختلفت الأراء حول توافر هذا المعيار فى مسألة نقل الرحم وهل ينطبق هذا المعيار على نقل الرحم أم لا؟

- الرأى الاول: رأى البعض بأن عنصر الضرورة متوافر فى نقل الرحم عند وجود عيب به يستحيل معه الإنجاب بمعنى أخر يرون أن مسألة العقم ووجود

=

مادة (١٣)
تشكل بقرار من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية لجنة طبية ثلاثية فى كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع، وذلك من بين الأطباء المتخصصين، من غير المالكين أو المساهمين فى هذه المنشأة والذين لا تربطهم بها رابطة عمل أو صلة وظيفية، تختص دون غيرها بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية طبقا للأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له.

عيب بالرحم تعلو لدرجة الإستعانه برحم أخر عن طريق النقل من متبرع لو تم التأكد من عدم وجود أحتمال لإختلاط الانساب.

- **الرأى الثاني**: يرى بعضا من الفقه[1] أن عمليات النقل تشكل مشكلات شرعية وقانونية علي درجة كبيرة لذلك نجد أن نقل الرحم أو التبرع به غير جائزعند بعض الفقه القانوني المصري، - ونحن نشاطرهم الرأى - وقد تجلى ذلك فيما وضعه هذا الفقه من ضوابط قانونية مقترحة لنقل وزراعة الأعضاء البشرية عامة أهمها الضابط المتعلق باشتراط حالة الضرورة لدى المنقول له والتي يفتقدها العقيم المنقول إليه الرحم. وأخيرا فأن معيارالذي يشترط الضرورة العلاجية القائمة علي احتمال هلاك المنقول إليه ينقض جوازها من أساسه فليس متوفر في نقل الرحم الضرورة المطلوبة شرعاً لإباحة نقلهما لأن مرض العقم أو وجود عيب فى الرحم لا يستدعى هلاك الانسان كلية.

٢- بالنسبة إلى مسألة ضرورة رضاء المتبرع لأستعمال الحق الذى خوله له القانون.

جدير بالذكرأتفاق فقهاء القانون المدنى على أنه يعتبر مخطئا من يسبب للغير ضررا حتى ولو كان الغير قد قبل هذه المخاطر فعندئذ لا يعتد برضائه ويعتبر باطلا وتظل المسئولية منعقدة عليه وهذا من منطلق أن الشخص ليس له

(١) راجع: د/ محسن عبد الحميد البيه، مشكلة نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص ٢١٥، حيث اقترح في المادة الأولى من الضوابط المقرحة لنقل وزراعة الأعضاء في المادة الأولى فقرة (١): يحظر نقل الأعضاء من أنسان حي أو جثة أنسان ميت، إلا في حالات الضرورة القصوى التي يقدرها فريق متخصص من الأطباء وبمراعاة القيود الواردة بالنصوص التالية وأيضا د/ أحمد شوقي أبو خطوة، الضوابط القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ٢٤٧، حيث ذهب لاشتراط المصلحة العلاجية الراجحة للمنقول إليه التي تقتضي المحافظة علي حياته وفق الشروط المنصوص عليها في القانون، وأيضا د/ عجمي مصطفي عجمي، مدى مشروعية عمليات زرع الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٥م، ص ٤٢.

الحق قانونا فى التصرف فى جسده لأن هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام ومن ثم لا يعتد برضاء المجني عليه(١).

وجدير بالذكر يستفاد أيضا من موقف فقهاء وقضاء فرنسا ومصرعلي عدم الاعتداد برضاء المجني عليه من كل قيمة كسبب لإباحة الأعتداء علي الحق في التصرف علي جسده إلا أن الفقه والقضاء في المانيا وإيطاليا أخذ مذهبا مختلفا إذ لرضاء المجني عليه قيمة محدودة في إباحة فعل الاعتداء علي سلامة الجسم وأن كان الأصل أن يتجرد من هذه القيمة(٢).

٣- **يحسب للفقه القانوني المصري إجتهاده فى وضع الضوابط القانونية** التى يمكن أن تسيرعلى نهجها التطبيقات الطبية الحديثة الخاصة بنقل وزرع الأعضاء وهذا حتى يتم بتر تجارة الأعضاء التى إنتشرت منذ حين وخاصة فى دول العالم الثالث ولكننا نختلف مع ما وضعه المشرع فى نص المادتين الثالثة والرابعة، لانه ليس منطقيا فى وظل الظروف الاقتصادية السيئة التى نعيشها اليوم والتى نتج عنها سرقة الأعضاء البشرية وتداولها بالإتجاربها أن يتيح المشرع التبرع لغيرالاقارب، وأن ينتظر بعد ذلك أن يتم هذا بدون مقابل لأنه ما الدافع الذى يدفع إنسان ليس تربطه علاقة بالمتلقى ان يتبرع مثلا بكليته له إلا من باب الانسانية وهذا وفى ظل ما نعيشه سيكون إستثاء لحالة أو حالتين ولا يجوز أخذ الأستثناء كقاعدة أو القياس عليه؛ لذلك نقترح ضرورة ان يكون التبرع

---

(١) Soliman Morcos ; Essai d ، une theorie generale sur les causes d ، exo neration de la responsabilite civile contractuelle et delictuelle p. 310 these le Caire 1936.

سليمان مرقص: المسئولية المدنية المرجع السابق ص ٣٠١ رقم ١١٨

(٢) د. محمود نجيب حسني – الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات – بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد – لسنة ٢٩ – ١٩٥٩ ص ٥٣٠./ ويؤخذ على المشرع المصري لعدم تطرقه لبعض الأفعال التى لم تدخل تحت طائلة العقاب هذا بالإضافة إلى خلو النصوص القانونيه من حماية الإنسان من نفسه لأنه لم ينص علي حماية سلامة الجسد من الشخص نفسه وأنما من الغير فقط ، وعلى سبيل المثال إذا أطلق شخص الرصاص في اتجاه آخر، قاصدا بذلك أن يسيطر الرعب عليه فأدى الفعل إلى إغماء استمر بعض الوقت أو أدى إلى اضطراب عصبي ترتب عليه إلى شلل أو ترتب عليه ارتعاش في أطراف الجسم د. حسن المرصفاوي، قانون العقوبات الخاص، المرجع السابق، ص ٢١١ وما بعدها طبعة ١٩٧٨. د. عبد المهيمن بكر، القسم الخاص وقانون العقوبات ص ٦١٣ وما بعدها طبعة ١٩٧٧، دار النهضة العربية، القاهرة.

للأقارب حتى الدرجة الثانية فقط لأنى أرى ان نصوص المادتين ٣، ٤ كلام نظرى وفى الوقت نفسه غير مطابق للواقع العملى لذلك أقترح على واضعى هذا القانون تعديله بحيث أن يحدد درجة القرابه بين المتبرع والمترع له وبهذا سوف نتفادى نص المادة "٣" بخصوص التبرع للأجانب لأن التبرع سوف يقتصرعلى القرابه الى الدرجة الثانية وبالتالى ضمان عدم المتاجرة لقرب العلاقة بين المتبرع والمتبرع له.

٤- لى تعقيب بخصوص إيصاء المتوفى بالتبرع بعضو من أعضائه الى من يحتاجه بعد وفاته على حد علمى المتواضع يسأل الانسان عن جسده أمام ربه بعد وفاته لانه وديعه أودعها الله عند الانسان فهى حق لله تعالى يجب أن يحافظ عليها الانسان على أن يردها سليمة وقت ان يشاء الله له فكيف له ان يعرف بان هذا التصرف فى جسده سواء ان كان بالمعاوضة او التبرع يحق له وخاصة ان التسليم سيكون بعد الوفاة فالله عز وجل لم يشير لنا فى كتابه العزيز أو فى سنة نبيه الكريم اى شىء يوضح لنا تبرع الانسان بجسده لاخيه الانسان بعد الوفاة لان بمنهى البساطة تنتهى الشخصية القانونية وحق الانسان فى التصرف عقب الوفاة مباشرة.

وبخصوص حق الأنسان فى التصرف على جسده(1) سواء أن كان بالتبرع أو التوصية بأعضائه، هناك عدة اتجاهات سوف نسردها حتى يتاح لنا ان نستنتج

---

(١) ذهب اصحاب هذا الرأي أن حق الانسان فى التصرف على جسده حق إرادى يعطى لصاحبه حقا في منع غيره من الاعتداء عليه هذا بالاضافة إلى أن اعتبار جسم الإنسان يندرج ضمن الأشياء يمنح ميزة عملية للاستقرار القانوني للجسم ومكوناته دون الحاجة للتمييز بين الجسم وعناصره ومكوناته وبالتالي سوف تظهر أهمية الاعتراف بمادية الجسد وتملكة وحريته من قبل الشخص عندما يتعلق الأمر بتحديد حق الإنسان فى التصرف على منتجاته التى انفصلت عنه إذ أن اعتبار حق الإنسان على جسده حق ملكية وله سلطة إرادية فى التصرف لما أنفصل عنه من نطف أدميه وهذا بلا شك يساعد على محاربة إشكال الاتجار بالجسد البشرى ومنتجاته المنفصلة عنه (احمد عبد الدايم – أعضاء جسم الأنسان ضمن التعامل القانونى - المرجع السابق – ص٤٣) وفى هذا الصدد يذكر أن الفقه الفرنسى فى تحديد المقصود من الحق فى سلامة الجسد الإنساني إلى اعتباره حرية من الحريات وذلك تبعا لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يستطيع الإنسان بإرادته أن يمارس على جسمه ما يشاء من الأفعال ولو ترتب عليه إخلال فى سلامته الجسدية ما دام لم يضر بسلامة الآخرين واستندوا فى ذلك إلى ما تضمنه المادة ٤ من إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الصادر فى سنة ١٧٨٩.

- وذهب راى ثانى إلى ان حق الانسان فى التصرف على جسده مصلحة يكفلها القانون فإذا كان يسمح له بالتصرف بأعضاء جسمه ومنتجاته فأن ذلك مقيدا بضوابط =

ما مدى حق الانسان على التصرف فى اعضائه بعد وفاته؟ وهل يمكن لنا الاخذ بنص المادة "٨" من اللائحة التنفيذية لقانون نقل الأعضاء المصرى؟

ونحن نرى أنه لأحقية الانسان فى التصرف على عضو من أعضائه لابد أن تتوافر فيه جميع ما سبق؛ لأن أحقية الانسان فى التصرف على جسده مصلحة يكفلها القانون فهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية لانه حق إرادى يعطى لصاحبه حقا فى منع غيره من الاعتداء عليه ويتوج هذا كله ان الانسان بجميع اعضائه ملك لله تعالى فلا يجوز أن يبيع الانسان ما لا يملك.

=

نص عليها القانون تحقيقا لمصلحة الفرد أو المصلحة العامة على أساس أن الفرد عنصر من عناصر المجتمع.
فهم يروا أن كل اعتداء به، على سلامة جسدا لإنسان ويؤثر تأثيرا سلبيا على أداء الأعمال ذات القيمة الاجتماعية، أى ينتقص من صلاحيته لأداء وظيفته الاجتماعية، يعد إهدارا لحق المجتمع في سلامة جسم كل فرد من أفراده. ورضاء المجني لا يعتد به، ولا يجرده من الصفة غير المشروعة. فالرضاء يتجرد من كل قيمته في الحدود التي يمتد إليها حق المجتمع، فيظل هذا الاعتداد خاضعا للتجريم. (ا.د/ نجيب حسنى – الحق فى سلامة الجسم المرجع السابق ص ٢٥٧/ د/ رمسيس بهنام – الجريمة والجزاء – المرجع السابق – ص ٢٧٤.

Tahon (r) cit p 338 ; op

- وذهب راى ثالث يؤيد حق الانسان فى التصرف على جسده من الحقوق اللصيقة بالشخصية والمراد بالشخصية التي يتمتع بها الإنسان قابليته الاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وتأسيسا على ذلك فأن كل شخص طبيعي يتمتع بطائفة من الحقوق أما تكون مالية وهى ما يطلق عليها الذمة المالية أو غير مالية وهى التى تثبت له بمجرد تمتعه بالشخصية القانونية وهى ما يطلق عليها: الحقوق اللصيقة بالشخصية.
كما يرى الفقه أخر إلى أن تلك الحقوق التى تستمد أصلها من الشخصية وتكفل للشخص الانتفاع بنفسه وبكل ما هو مرتبط بنفسه ارتباطا لانفصام له.. ولا تتكون حقوق الشخصية من سلطة تتقرر للشخص على نفسه يكون له بمقتضاها أن يتصرف فى نفسه كيفما شاء وأنما هى حقوق موجهة نحو غيره بقصد الاعتراف بوجود هذا الشخص وحماية وجوده (د/ عبد الحى حجازى – نظرية الحق – المرجع السابق ص ١٤)
ويرى البعض أن الحق فى الحياة والحق فى سلامة الجسد من الحقوق اللصيقة بالشخصية لما لها من استقلالية وذاتية تسموا بها عن باقي الحقوق الأخرى ولما تتمتع به فى ذات الوقت من حماية قانونية سواء فى مواجهة الغير أم في مواجهة الشخص نفسه (د/ افتكار مهيوب دبوأن المخلافى – حدود التصرف فى الأعضاء البشرية فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى دراسة مقارنه – ٢٠٠٦م – دار النهضة العربية ص ١٩)

٥- عدم الاعتداد بنقل الأعضاء إذا تعارض مع النظام العام والآداب العامة .

وسوف نورد شرح باقى النقاط من خلال مدى مطابقة هذه العملية على النظام العام ، مما لاشك فيه أنه إذا تعارض نقل الأعضاء البشرية مع قواعد النظام العام في القانون المصري أو مع الآداب العامة في المجتمع فإن ذلك يرتب حظر عملية النقل[١] ، حتى ولو توافرت فيها الضرورة العلاجية الموجبة لحفظ حياة المنقول إليه ، خوفا من الضياع لما سيؤدي إليه ذلك من استقرار وتقدم ورقي الفرد والجماعة كل ذلك يجعل من نقل ما ينقل الوراثات من الغدد المفروزة لخلايا الإنسان متعارضا ولاشك مع النظام العام في القانون المصري[٢].

و يحسب للمشرع المصري بتصنيف الأشياء من حيث مدى أحقية التصرف فيها وإنطلاقا من ذلك بما أن عضو الرحم جزء من أعضاء الإنسان المسئولة عن إنتاج البشر - بإذن الله تعالى – وليست المسئولة عن إستمرار حياة الانسان لذا ؛ لا يصح أن يكون محلا للحقوق المالية إذا لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ولا يجوز التصرف فيه[٣].

---

(١) أنظر المادة الثالثة من الفصل الأول من مقترحات جامعة المنصورة بشأن ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مجلة البحوث القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ١٩٩٦م ، ص ٢٥٠ ، د/ أحمد شوقي أبو خطوة ، الضوابط القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية ، مرجع سابق ، ص ٢٤٨ (المادة السادسة من المشروع المقرح).

(٢) لم يتطرق الفقه القانوني الذي تناول مسألة زراعة الأعضاءالتناسلية على وجه التحديد ، وذلك في معرض بحث توافق هذا النقل مع أحكام القانون إلا لناحية تعارض النقل مع قواعد النظام العام والآداب العامة دون النظر لما قد يمكن أن يكون مانع قانوني – مباشر لتلك التدخلات الجراحية ، وكذلك دون البحث عن النصوص التي يمكن أن تجيز هذا النقل مع التوصية بتعديلها. من ذلك الفقه : د/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص ١٣٦ ، د/ أسامة السيد عبد السميع ، المرجع السابق ، ص ١١٩ ، د/ محمد سامي السيد الشوا ، الخطأ الطبي أمام القاضي الجنائي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣م ، ص ٦٨٦.

(٣) د. حبيبة سيف سالم ، المرجع السابق ، ص ١٤ وهذه المادة تقابل المواد أرقام ٩٧ ، ٩٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، هذا بالإضافة إلى أن المشرع المصرى جعل الأشياء التي لا تخرج عن التعامل سواء لطبيعتها أو بحكم القانون تصلح لأن تكون محلا للحقوق المالية ، وذلك طبقا لنص المادة" ٨١"من القانون المدني المصري ، حيث نصت علي أن "كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية ، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن =

والراجح لدينا عدم إمكانية التبرع بعضو الرحم من سيدة الى أخرى بصرف النظر عن القرابه بينهما وهذا لعدم توافر حالة الضرورة التى تستدعى ذلك كما سبق وأن أوضحت أن معيار الذى أشير اليه هو الهلاك من الموت وليس إنجاب الطفل كما يرى البعض، وحتى نغلق مصراعى الباب حول هذه المسألة.

=

يستأثر بحيازتها، وتلك التي تخرج بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية

وهناك المادة ٤٣ من الدستور المصري التي منعت إجراء أية تجربة طبية أو علمية علي جسم الإنسان بغير رضائه الحر.

الباب الثانى
أحكام التعامل على الرحم

تمهيد:

مما لاشك فيه أن الإنجاب الصناعي ساعد فى تقديم العون لعدد كبيرمن الأزواج الذين يعانون من عدم الإنجاب. بالتالي أصبحت الوسائل الطبية التقليدية عاجزة عن علاجهم من عللهم. خاصة وأن الإحصاءات الطبية تدعو إلى الزيادة المضطردة فى حالات عدم الإخصاب. فعلى سبيل المثال فى الولايات المتحدة سجلت الإحصاءات زيادة فى العقم الناتج عن انسداد الأنابيب تبلغ ٣٠٠٪ خلال السنوات القليلة الماضية. ففي عام ١٩٧٦ كان واحد من كل عشرة أزواج يعانون من عدم الخصوبة ثم بعد ذلك أرتفع العدد عام ١٩٨٤ ليصبح واحد من كل ستة أزواج يعانون من عدم الخصوبة. فى الولايات المتحدة[١]. ومنذ ١٩٦٥ أزداد معدل العقم بين النساء الأمريكيات بنسبة ثلاثة أضعاف[٢].وعموما تقدر منظمة الصحة العالمية أن عدد الأزواج المصابين بعدم الإخصاب يتراوح ما بين ٥٪ من الأزواج فى العالم[٣].

وأريد أن أنوه إلى أن مسألة الإنجاب الصناعي أصبحت أمرا واقعا يمارس على نطاق واسع ليس فقط فى المجتمعات الغربية بل أيضاً فى عدد دول عربية (وأردت هنا أن أقول فى عدة دول عربية وليس فى الدول الإسلامية حيث أن معظم الدول يسكنها المسلمون وغير المسلمون).................................

---

(١) The new origin's of life tine sept 10-1984.

(٢) مجلة المختار العدد ٨٩ ابريل ١٩٨٦ ، ص١٩مقالة بعنوأن صراخ الاطفال فى بيوت الأزواج المصابين بالعقم " اعداد بيغى مأن

(٣ Ciba clinical symposia 28 (5) 1976 :the infertile couple ،Evaluation and treatment.

وأنظر كذلك محمد على الباز، اخلاقيات الإنجاب الصناعى – الطبعة الأولى – ١٩٨٧ الدار السعودية للنشر والتوزيع جدة المملكة السعودية ص، / ٢٧ راجع: كذلك احمد شوقي ابو خطوة، القانون الجنائى والطب الحديث ١٩٨٦ – دار النهضة العربية القاهرة ، هامش ١٤٥.

ومن ثم شغلت الأمور المتعلقة بعدم الإنجاب جانبا هاما من تفكير العلماء والأطباء مما دعاهم إلى إيجاد حلول واستخدام البحث العلمي تأملا منهم إلى الوصول إلى حلول علاجية ناجحة للأزواج الغير قادرين على الإنجاب.

نرى أن هذه الإنجازات أحيت فى الوقت نفسه مهام أخرى ألا وهى القضايا الدينية والقانونية والأخلاقية. بحيث صارت هذه التقنيات مجال للبحث والجدل حول العالم كله.وخاصة أن هذه التقنيات جاءت لنا من مجتمعات مختلفة عنا فى عادتنا وأخلاقنا وديننا ؛ لذلك لا ينبغي أن نأخذ كل ما هو جديد ونطبقه كما هو. ولكن لابد لنا من مراجعة الأمور. نحن نعلم جيدا أن الموضوع ليس بسهل وأن هناك بعض الأزواج الغير قادرين على الإنجاب أحيا فيهم الأمل. ولكن فى الوقت نفسه يقف على الطرف المقابل لهذا الأمل بعض القضايا التى يجب علينا أن نأخذها فى الأعتبار مثل هل هذا مشروع أم غير مشروع.حلال أم حرام؟

ولذلك نرى أنه لابد من وضع أسس وضوابط لازمة عند إجراء أو استخدام هذه التقنيات الحديثة.

وهذا يعنى أنه إذا كان الإنجاب الأصطناعى قد أصبح أمرا واقعيا فإن القانون باعتباره علما اجتماعيا وأخلاقيا وجب عليه أن يلحق بهذا التقدم الطبي حتى يضمن لنا كيفية الاستفادة والاستعانة من هذا التقدم الطبي فى معالجة أمراض العقم لدى الكثيرين وذلك عن طريق مواءمة الضوابط الشرعية فى الحفاظ على كرامة الإنسان وضمان نقاء نسله وبما يتفق ذلك مع ما شرعه الله جل شأنه بين الزوجين ويتم ذلك عن طريق وضع الأسس والضوابط اللازم أتباعها عند استعمال هذه التقنيات الحديثة. وخاصة بعد أن حدث تطور هائل فى مجالات التخصيب بوجه عام ونذكر مثال على سبيل العلم وليس الحصر جاء فى إحدى الجرائد الرسمية[١] موضوع بعنوان تخصيب بعض البويضات جائز شرعا ولكن بشروط سوف نجيزها لعدم الإطالة أنه يجيز التخصيب بعض البويضات تجميد

(١) جريدة اخبار اليوم – السبت ١٩ من صفر ١٤٣٠ – ١٤ من فبراير ٢٠٠٩م باب اسال والعلماء يجيبون على لسان د/ عبد الفتاح ادريس – استاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة الازهر.

البعض الآخر وفقا للراجح من العلماء بشرط أن تكون هذه البويضات خصبت بنطف زوج صاحبة البويضات أثناء قيام العلاقة الزوجية وأستدل أصحاب هذا الرأي بحديث رسول الله ﷺ لما روى عن حفصة أن رسول الله ﷺ قال: لا يدع أحدكم طلب الولد فإن الرجل إذا مات وليس له ولد أنقطع اسمه "........ والحاجة تنزل الضرورة وسنتكلم فى هذا الموضوع فى مكانه فى هذا الكتاب إن شاء الله تعالى.

قال الله تعالى: [لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ❖ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَاناً وَإِنَاثاً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ](1).

وقال الله تعالى: [اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنثَى وَمَا تَغِيضُ الأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ ❖ عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الْكَبِيرُ الْمُتَعَالِي](2).

ولقول الله تعالى [يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَتَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً](3).

وجدير بالذكرأن هناك أثارمترتبة على إستخدام الأرحام من النظم الجديدة علي الواقع القانوني فلم يتوقع فقهاء القانون فى يوم من الأيام أن تقوم امرأة بحمل ووضع جنين لحساب امرأة أخرى فهذا يحتاج إلى التساؤل حول طبيعة هذا النظام من الناحية القانونية؟ وهو هل يعتبر عقداً صحيحاً تترتب عليه كافة الآثار التى تنصرف على أطراف العقد وخاصة أن العقد محل البحث ليست له صفة ملزمة في مواجهة أي طرف.

فالعقد تحيطه ضغوط أدبية وبواعث مالية ومخاطر واضطرابات عاطفية ونفسية وعدم استقرار أسري وغير ذلك مما يؤثر في الإرادة ومدى فاعليتها.. فإذا تضمن العقد التزامات لمصلحة الطفل, مثل خضوع الأم المستأجرة للكشف الطبي الدوري أو الامتناع عن التدخين أو عن تعاطي المواد المخدرة أو الخمور أو

(١) الشورى: ٤٩، ٥٠.
(٢) الرعد : ٨، ٩.
(٣) النساء : ١.

ضرورة استخدام غذاء معين أو القيام بأعمال تقتضي مجهوداً بدنياً وغيره, فلا يجوز تنفيذ ذلك بالقوة[1].

وقد يكون السبب في تسمية الاتفاق المبرم بين الأطراف أساسه ما تضمنه العقود التي تندرج من مصادر الالتزام, حيث تضم تلك العقود الالتزامات والحقوق التي تنطبق على الأطراف وقد ينشأ عن هذه الحقوق التزامات إحداها التزامات على المؤجر والأخرى التزامات على المستأجر وعلى هذا الأساس سمي الاتفاق المبرم في عملية الإنجاب باستعارة رحم أخري بعقد إيجار الرحم الذي هو موضوع هذا الكتاب. كذلك يمكن أن يكون هذا التصرف تبرعا أو معاوضة فلو سلمنا جدلا أنه تم فى صورة تبرع فهل يمكن أعتبار هذا التبرع على أنه هبه وهل يترتب عليه أحكام وأثار؟ أم ان يكون هبه صورية؟ وستكون الإجابة على هذه التساؤلات من خلال بيان طبيعة العلاقة بين الأطراف.

ولا شك من ان هناك ضرورة لإتخاذ هذه الممارسة عبر شكل قانونى وذلك للحفاظ على حقوق كلا الطرفين ومن ثم رغم اختلاف الفقه بين تحديد طبيعة العقد المبرم بين الزوجين والطبيب إلا أنهم اتفقوا على إلزام تقنين هذه العلاقة ، بشكل معين أو بعقد معين تتوافرأركانة من إيجاب وقبول وشروط خاصة بهذا العقد.

ومن خلال رؤية أصحاب الرأى المؤيد لهذه العملية وإن اتفقوا علي أن العلاقة بين الزوجين والمرأة صاحبة الرحم المستأجر ذات طبيعة عقدية إلا أنهم اختلفوا في طبيعة هذا العقد.

فالبعض يرى أنه عقد بيع وثان يرى أنه عقد مقاولة وثالث يرى شبهة بعقد عمل أو استصناع ورابع يرى شبهة بعقد رضاعة وخامس يرى أنه عقد إيجار وسادس يرى أنه عقد وديعة وسابع يرى أنه عقد هبة واخيرا يرون أنه عقد من نوع خاص وتفصيلا لذلك سنقوم بعمل مناظرة أو مقارنه بين طبيعة الإتفاق على عملية إستئجارالرحم وبين ما يناظرها من العقود من أجل الوصول إلى

---

(١) المسئولية المدنية والجنائية ايهاب يسر، ص ٣١٢ وما بعدها. الهندسة الوراثية والأخلاق، ناهد حسن سليمان ص ١٥٩ وما بعدها.

إدراجها في أحد أنواع تلك العقود وذلك بتكييف تطابق الأحكام الخاصة بالعقد علي طبيعة مفهوم عملية الرحم المستأجر. فإن تعذر السبيل إلى ذلك فلا يسعنا حينئذ إلا تصنيفه فى وصف له طبيعة خاصه تخضع إلى القواعد العامة لنظرية العقد.

وعلى غرارذلك تظهر أهمية دورالقانون ونذكر منه على سبيل المعرفة وليس الحصر العمل على توفيرالحماية القانونية المطلوبة للمصلحة المرجوة من جراء استخدام تقنيات الإنجاب الصناعي فى إطارالمصلحة العامة للمجتمع مع مراعاة أن يتم هذا فى حدود النظام والآداب العامه ولضمان ذلك لابد لنا من أن نفرق بين المصلحة العامة التى تعود على المجتمع والمصلحة الخاصة لدى كل فرد من أفراد العلاقة التى يثمرعنها المولود. وبالتالى يترتب عليه حقه في النسب الذى يعد من أهم وأخطر الحقوق المقررة له كما أنه يسبق كافة حقوق الأخرى المقررة له في الوجود. فهذا الحق يولد مع ميلاد الطفل ذاته ويقدر تقريره والاهتمام به بقدر ما ينعم الطفل بحياة مشرفة. وتحرص الدساتير حرصاً بالغاً علي تقرير هذا الحق وذلك بالنص علي حماية الأسرة والتشجيع علي تكوينها بالطرق الشرعية.

ولا شك من ان أحتياج المجتمع إلي جيل صالح لا يقل خطرا عن احتياجه لأي عنصر من عناصره اللازمة له. وهذا ما جاء في القرآن الكريم (يأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام أن الله كان عليكم رقيبا)[1]. من خلال هذه الآيات تدعوا الأديان السماوية الأزواج إلى إتباع اوامر لله. وتحثهم على الرضا بقضاء الله، ومن هذا المنطلق ظهرت أهمية وجود خصوصية والسرية التى تحيط بهذه العلاقة والتى قد يثمر عنها وجود نسل ينسب إلى الزوجين من خلال العلاقة الجنسية بينهما بناء على قواعد ثبوت الأنساب التي نقلت عن الفقه الإسلامي وقننتها النظم الوضعية، وخلاصة القول أن النسب في فقه الشريعة الإسلامية لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة لأن ثبوت الحكم ينبني علي ثبوت السبب.

(١) النساء آية ١.

وكانت العلاقة بين المشكلة وتقدم التقنيات والمستحدثات الطبية فى مجال الإنجاب علاقة طردية حيث ظهرت طرق جديدة للإنجاب الصناعى بتدخل الغير فبعد أن تناولنا عدم مشروعية هذه الوسائل فى بحثنا فقد بات لازما التعرف عن نسب المولود المتخلق من تلك الوسائل المستحدثة وما يرتبه هذا النسب من حقوق وعن مدى كفاية القواعد الفقهية والقانونية التى كانت تستوعب طرق الإنجاب الاعتيادية ودراسة مدى إمكانية استيعابها للقوالب الجديدة للإنجاب الصناعى بتدخل الغيرعلي قواعد ثبوت النسب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ولن يحدث ذلك إلا من خلال توضيح شكل هذه العلاقة فى القالب الذى تتم من خلاله.

ونعرض لذلك من خلال بيان الطبيعة القانونية للتعامل على الرحم، والمركز القانونى لكل من الأطراف من جهة والوليد من جهة أخرى وذلك عبر الفصول الثلاثة التالية إن شاء الله تعالى.

الفصل الاول: الطبيعة القانونية للتعامل على الرحم

الفصل الثاني: المركز القانونى للأطراف (حقوق والتزامات الأطراف)

الفصل الثالث: المركز القانونى للوليد (حقوق الوليد)

الفصل الاول

الطبيعة القانونية للتعامل على الرحم

قننت معظم الدول التى مارست على أرضها عمليات تأجير الأرحام وخاصة بعد تطور الفكر القانونى لدى هذه التشريعات المنظمة لمثل هذه العمليات مما أدى إلى اقتران انتشارها ببعض المشاكل القانونية المتولدة من الروابط القانونية بين أطراف العلاقة التى تستلزم علي الأقل مشاركة ثلاثة أطراف الرجل الذي يقدم المنى geniteur أو المرأة التي تقدم البويضة genitrice والحاملة gestatrice وهي المرأة التي تلقح صناعياً أو التي تستقبل البويضة الملقحة ovule feconde الطبيب أو المراكز الذي يقوم بعملية التلقيح الصناعي.

بين هؤلاء الأطراف تنشأ علاقات تعاقدية موضوع هذه العلاقات التعاقدية ليس بالضرورة مشروعاً إذا نظرنا إليه من خلال شروط المحل في العقد (م١١٢٨ مدني فرنسي) وذلك لأن القضاء يسلم منذ وقت طويل بأن الجسم الإنساني خارج دائرة التعامل.

هذا وقد أوضح القانون الفرنسى أن هذه العلاقات التعاقدية التى تربط بين الزوجين العقيمين وبين الحامل gestarice لها عدة صور:

عقود تربط بين تلك التي تحمل البويضة الملقحة سواء أكانت بويضة الزوجة ملقحة بماء الزوج- أو بويضة الزوجة ملقحة بماء الغير- أو بويضة امرأة أخرى - أو بويضة الحامل ملقحة بماء الزوج - وعقود تربط بينهما وبين الطبيب أو المركز الذي يمارس عملية التلقيح الصناعي.

ولقد بات واضحا أن هذه المشاكل لم يكن للمشرع أن يحصرها أويجسدها كلها عند سنة للقواعد القانونية لتلك النازلة المستحدثة التى لم يسبق لها مثيل الأمر الذى جعل من الصعب استيعاب هذه العلاقة فى قالب عقدى محدد لما ترتبه هذه الممارسات من أثار لا تكون متوافقه مع أحكام نظرية العقد ومبادىء القانون مما يبطل به هذا الاتفاق من الأصل الأمر الذى ساقنا إلى السؤال التالي:

وإذاً كان الشكل يتم فى صيغة عقد فما هى الطبيعة القانونية لهذا العقد الذى افرزته تقنية الإخصاب الصناعى؟ وما هو موقعه بين تقسيمات العقود؟

هل هو من العقود المسماه Contrats nommes التى اختصها المشرع بقواعد خاصة؟ أم أنه من العقود الغير مسماه التى تخضع تحت طائلة القواعد العامة للعقود؟ أو هل هو من العقود الملزمة للجانبين Synallagmatiqye، Bilateral التى يلتزم فيه كل من المتعاقدين تجاه الآخر علي وجه التبادل بمقتضى ما هو متفق عليه بينهما؟ ويكون كل متعاقد دائناً ومديناً في ذات الوقت مثل عقد المقاولة وعقد العمل وعقد الإيجار وعقد البيع، أم أنه من العقود الملزمة لجانب واحد (Unilateral)؟ حيث يلتزم فيها طرف واحد أي متعاقد واحد فقط تجاه المتعاقد الآخر ويسمى الطرف الملتزم مديناً والطرف الآخر دائناً مثل عقد الوديعة بدون أجر أو عقد الهبة بدون تكليف حيث يلتزم الواهب بنقل الشئ الموهوب إلى الطرف الثاني الموهوب له ولا يلتزم هذا الشخص الأخير بشئ قبل الواهب.

فالمعيارأو الفيصل فى تكييف التعامل على الرحم إلى أي نوع من تقسيمات العقود هو أن العملية من المسائل المستحدثة الغير معتادة التى لم تبلغ درجة من التداول والأستقرار المطلوب الذى يسمح بدراستها ومن ثم وضع نصوص تشريعية لتنظيمها.

ولا غبار على المشرع فى وضعه لنص تشريعي خاص علي بعض العقود دون البعض الآخر فالمشرع لا ينظم بقواعد خاصة إلا العقود التي أظهرت التجارب في شأنها قواعد بلغت من الأستقرار والتداول درجة لاباس بها، هذا وقد عمل المشرع علي الاخذ بالتقنيات والنوازل المستحدثة بوجه عام وذلك بوضعها فى نظام قانونى تحت طائفة العقود بهدف الاستفادة من الأحكام الخاصة التي تحكمها وبناء على ما سبق فالعقود التى لم تلق حظا فى إدراجها تحت طائفة العقود المسماه هي عقود من نوع خاص تحكمه القواعد العامة في نظرية العقد عموماً.

أما بالنسبة إلى تكييف العلاقة المتصورة بين الزوجين والطبيب فلا خلاف حول رسالة الأطباء السامية فى توليهم مهمة تخفيف الآلام عن المرضى فالمريض دائما متلهف لذرة أمل والتى لا يجدها إلا عند طبيبه. وشك من ان الأطباء هم الذين يحسنون مهنة أوعمل الطب[1].

---

(١) مغني المحتاج جـ٣ صـ٦٠.

وفى ضوء ما تقدم فسوف نبحث عن الطبيعة القانونية للتعامل على الرحم وذلك فى مبحثين متتاليين : -

المبحث الأول: طبيعة العلاقة بين المتعاملين على الرحم

المبحث الثاني: طبيعة العلاقة مع الطبيب

المبحث الاول

طبيعة العلاقة بين المتعاملين على الرحم

تمهيـد:

لدراسة ماهية العقد المتصوروالضابط فى العلاقة بين أطراف العلاقة، سنقوم بعمل مناظرة بين الأحكام القانونية الخاصة بكل من عقد البيع وعقد العمل وعقد المقاولة وعقد الارضاع وعقد الإيجار باعتبارها من العقود الملزمة للجانبين موضحه الطبيعة التى تمليها كل منهما وبين طبيعة علاقة الرحم المستاجر للتوصل إلى مدى إمكانية إدراج تلك العلاقة فى أى من العقود السابقة وذلك على النحو التالي : -

أولا- هل يمكن أن نخلع علي الإتفاق بين أطراف التعامل على الرحم لفظ تنازل أم لابد من إفراغه فى قالب عقدى[(١)]؟

---

(١) مفهوم العقد عند الفقه القانوني
"هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وهذا الأثر إما إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه " وعرفه بعض الفقهاء : بأنه توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالي.(د/ عبد الحى حجازى – النظرية العامة للالتزامات ج٢ ص٢١
ويرى أستاذنا الدكتور رمضان الشرنباصى أنه يؤخذ على هذا التعريف أن مطلق توافق الإرادتين لا يسمى عقدا إلا إذا أحدث آثارا قانونية، كما أن سيادته يرى أن تعريف الفقهاء قد يكون أحكم منطقا وأدق تصورا من التعريف القانوني، ويرجع السبب في ذلك أنه لا يعتبر الانعقاد بين الإرادتين عقدا إلا إذا توافرت الشرائط المطلوبة شرعا.
إن تعريف العقد عند الفقهاء قد امتاز ببيان تفصيلي للأجزاء التي يتركب منها في نظر التشريع ،وهي الإيجاب والقبول وذلك أن توافق الإرادتين لا يعرف وجوده ؛ لأن الإرادة أمر خفي لا يستدل عليه إلا بواسطة أمر ظاهر من كلام أو فعل أو إشارة، وذلك تعريف مانع، أما تعريف العقد عند رجال القانون فقد أغفل هذا البيان وقال "توافق إرادتين " رغم أنه قد يكون هناك إرداتان تتفقان على التعاقد ولا تتحرك أحداهما نحو الآخر، فلا يكون عقدا كما في حالة الوعد ببيع ونحوه ولذلك كان تعريف غير مانع.
الزرقاء ج٣ ص ٢٩٥.
=

حول هذه المسالة انقسم الفقه إلى رأيين الأول يرى أن عملية الرحم المستأجر لا تتم من خلال العقد ومن ثم يرون أن مجرد تفاهم أو تنازل بين

=

وتجدر الإشارة هنا إلى أن العقد في هذه الحال محل البحث ليست لها صفة ملزمة في مواجهة أي طرف. فالعقد تحيطه ضغوط أدبية وبواعث مالية ومخاطر واضطرابات عاطفية ونفسية وعدم استقرار أسري وخلافه مما يؤثر في الإرادة ومدى فاعليتها.

وعلي ذلك فإذا تضمن العقد التزامات لمصلحة الطفل، مثل خضوع الأم المستأجرة للكشف الطبي الدوري أو الامتناع عن التدخين أو عن تعاطي المواد المخدرة أو الخمور أو ضرورة استخدام غذاء معين أو القيام بأعمال تقتضي مجهودا بدنيا وخلافه، فلا يجوز تنفيذ ذلك بالقوة. المسئولية المدنية والجنائية ايهاب يسر، ص ٣١٢ وما بعدها. الهندسة الوراثية والأخلاق، ناهد حسن سليمان ص ١٥٩ وما بعدها.

وقد يكون السبب في تسمية الاتفاق المبرم بين الأطراف أساسه ما تضمنه العقود التي تندرج من مصادر الالتزام، حيث تضم تلك العقود الالتزامات والحقوق التي تنطبق علي الأطراف وقد ينشأ عن هذه الحقوق التزامات إحداها التزامات علي المؤجر والأخرى التزامات علي المستأجر وعلى هذا الأساس سمي الاتفاق المبرم في عملية الإنجاب باستعارة رحم أخري بعقد إيجار الرحم الذي هو موضوع هذا الكتاب.

وجديرا بالذكر يستفاد من نص المادة مادة "٨٩" يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد.

وكذلك المادة "١٣٥" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون أوضاعا معينة لانعقاد العقد.مرشد الحيران الشريعة الإسلامية م ٣٤٥ والمجلة ١٠٢ و١٧٧ و١٧٨ والبدائع ج ٥ ص ١٣٦ و٢٥٠.

١. إذا كانت التزاما ت أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء علي طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

٢. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

٣. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.

<u>وكذلك المادة ١٧٩ :</u>

١. إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقا مع التزامات المتعاقد الآخر.

يجب يكون مفروضا، تبعا للظروف، أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو بحيث يتبين، بوجه عام، أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف، فيجوز للقاضي، بناءا علي طلب الطرف المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويسري هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعا.

ويجوز في عقود المعاوضة، أن يتوقى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.

أطراف العلاقة ودليلهم على ذلك أن مثل هذه العملية لا توصل وتعلو إلى مرتبة العقد بالمعنى القانوني له ، أما الفريق الآخر فإنه يرى أن العلاقة بين أطراف عملية تأجير الأرحام لابد من استيعابها في قالب عقدي ولكنهم اختلفوا حول الطبيعة أوالتكييف القانوني لهذا العقد وسنعرض وجهة نظر كلا الاتجاهين.

ـ الاتجاه المعارض لوصف فكرة العقد[1] بين أطراف علاقة عمليات إستخدام الأرحم لصالح الغير[2].

يرى أصحاب هذا الرأى أنه لا يمكن تكييف الشكل القانوني بين أطراف العلاقة في عمليات تأجير الأرحام على أنه عقداً

استند انصار هذا الفريق المعارض لوجود فكرة العقد في العلاقة ما بين الأبوين البيولوجيين وصاحبة الرحم المستأجر في أن الأمر لا يعدو كونه مجرد تنازل منها أو تفاهم علي إتفاق معين وأن هذا الوضع لا يرتب أية إلتزامات علي عاتق أي من طرفيه ففي بداية الأمر إذا كانت العلاقة بين طرفى العقد مجرد تفاهم علي الحقوق والالتزامات التي ستترتب علي كل من طرفي الإتفاق دون أن يوثقوا هذه البنود في ورقة مكتوبة فإن الإشكالية القانونية ستكون في ماهية الوصف

---

(١) العقد في اللغة له معان متعددة

أولاً : بالنسبة إلى الأمور المحسوسة أو الأمور المعنوية

يفهم منها الإلزام والربط والشد والأحكام والتقوية والضمان مثال عقد الحبل وعقد اليمين وعقد القرآن وتأكيداً على ذلك قول الله تعالى: " لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان "سورة المائدة: الآية ٨٩.)

وقوله تعالى " ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ". سورة البقرة: الآية ٢٣٥.

ثانيا : إذا كان الكلام توثيقا صادرا من طرف واحد , أعتبر عقد لتوافرعنصرالإرادة وتنفيذ ما يلتزم به مثل قول عقد النية على فعل كذا أو عمل كذا.

ثالثا : إذا كان القول متضمنا إيجابا وقبولا صادرا بين طرفين 'لسان العرب ج ٢ ص ٢٩٦ – تاج العروس ج٢ ص ٤٢٦ – القاموس المحيط ج١ ص٣١٥ – المصباح المنير ص ٥٧٥.

مثل عقد الزواج أو عقد الإجارة وانطلاقا مما سبق يتضح أن العقد عند علماء اللغة يكون ملزم من جانب واحد أو من جانبين./ الأستاذ الدكتور رمضان على السيد الشرنباصى – النظريات العامة فى الفقه الإسلامي – ٢٠٠٦ ص ٢٥٢.

(٢) j-r devichi ،art ،droit ،p.494.nogo ct 61) precrev.tri .1)

مشار إليه عند د. حبيبة سيف سالم المرجع السابق ص٣٤٤ وما بعدها وهذا الرأي د.ممدوح خيري هاشم المرجع السابق ص٢٥٧

القانوني الذي سيحدد مصير المولود بعد ولادته وهل هذا العقد سيسمى عقداً بدائياً غير ملزم أم هو إتفاق نهائي؟

ولذلك يري هذا الفريق أن صاحبة الرحم المستأجر – مع عدم وجود عقد يرتب إلتزامات علي عاتقها ولعل من أهم هذه الإلتزامات غرس نطفتهما داخل رحم الأم بالإيجار ثم تسليمه إلى أهله صاحبا البيضة الملحقة – تستطيع الاحتفاظ بالمولود ونسبته إليها كأم له من الناحية القانونية لأنه لا يمكن إدانتها إذا لم تقم بتسليم هذا المولود فضلا عن أنه لا يمكن الحكم عليها بتعويض ما في مقابل عدم تسليمها للمولود[1].

ـ الرد من وجهة نظر الباحثة على الفريق المعارض :

بعد نضوج المسألة ووضوح الرؤية نرى أن عملية الرحم المستأجر لا يمكن أن نكيفها على أنها مجرد تنازل وذلك يرجع إلى الأثار التى تترتب على هذه العملية من تصرف الأم بالرحم الذى يؤدي إلى تنازلها عن وليدها إلى امرأة أخرى(الأم البيلوجيية) ؛ التنازل فى القانون له صبغة مالية بينما في عقد إيجار الرحم الجق الذي تتنازل عنه المرأة صاحبة الرحم هو حق غير مالي فإن كانت الأم هي صاحبة البويضة فلا يوجد تنازل وأن كانت الأم هي صاحبة الرحم فإن الحق حقها كأم حملت الطفل ولكن هذا التنازل يبقى غير مشروع لوجوب حق الطفل في تحديد نسب أمه الحقيقية. وأن قياس تنازل صاحبة الرحم المستأجر عن حقوقها أي عن وليدها علي التنازل عن الميراث مثلاً يعتبر قياساً مع الفارق. لأن الحقوق التي تتنازل عنها المرأة الحامل وهي حقوق غير مالية فلا تصلح محلاً للتنازل فيعتبر تركاً أو هجراً للطفل وهذه جريمة يعاقب عليها القانون، وليس تنازلاً. ومن وجهة أخرى المتنازل لابد أن يتنازل عن حقوق خاصة به ولا يشاركه في ملكيته أحد، وفي هذا العقد الحقوق تخص الطفل وحده فلا يحق للأم أن تتنازل عن حقوق غيرها فهذا التنازل لا يراعي فيه مصالح الولد ويعتبر التنازل باطلاً.

---

(١) د.محمد المرسي زهرة المرجع السابق، ص٢٦٥

بالإضافة إلى تنازلها عن حقوقها المتمثلة فى المولود، فالمولود بنسب إلى من ولدته بمجرد الوضع ودون حاجة إلى أثبات فالتنازل في حد ذاته ليس باطلا أو غير مشروع فالشخص حر في أن يتنازل عن تركته إلا أن (التنازل) يكون باطلا بالنظر إلى محله وسبب التزامه والسبب في ذلك أن القانون يحرم التعامل على التركة المستقبلة كتحريم التعامل في تركة انسان على قيد الحياة هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن الشخص المتنازل وإنه يتنازل عن حقوق تخصه هو وحده له الحق في استعمال هذه الحقوق أو التنازل عنها كيفما شاء أما الأم الحاملة صاحبة الرحم لا يحق لها أن تنازل عن الطفل فهي لا تتنازل عن حقوق تخصها وحدها بل تخص المولود نفسة وفصل الأم عن طفلها لا يمكن أن نسلم بأي حال من الأحوال بأن هذا سيحقق مصالح أحدهما (الطفل أو الأم)[1] والدليل على ذلك أن القانون والشرع أعطى للطفل شخصية قانونية بمجرد أن يكون جنين فى رحم أمه كما أعطى له الحق فى أن يقيم دعوى قضائية على أي إعتداء يقع عليه حتى وهو فى داخل أحشاء والدته مما يؤدى إلى عدم أحقية أن تتنازل والدته عنه للغير.

إذا كانت الدول الغربية احيانا تنشأ فيها علاقات بين الجنسين رغم عدم وجود عقد زواج بينهم ويكون المصدر والمنظم لهذه العلاقة العاطفة وليس العقد فى الوقت نفسه تعطى المحكمة حق للمراة بالرغم من عدم وجود العقد فمن الأدعى انكار فكرة العقد في العلاقة بين أطراف الرحم المستأجر.

بعد أن تبين لنا عدم إمكانية أن يكون شكل الإتفاق فى صورة تنازل بين صاحبة الرحم المستأجر والأبوين البيولوجيين مما يستدعى منا هل يمكن تكييف الشكل القانوني بين أطراف العلاقة فى صورة عقد لذا فإن المقام يقتضى أن نعرض رأى الفريق المؤيد لوضع الإتفاق فى قالب عقدى . . ..

- الإتجاه المؤيد لوضع الإتفاق بين أطراف العلاقة فى قالب عقدى[2]

يري أصحاب هذا الرأى الراجح[3] ونحن نؤيدهم :

(١) د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق ص ٢٧٢ / وانظر د. ممدوح خيري هاشم، المرجع السابق ص ٢٥٥

(٢) لمزيد من الابضاح راجع الملحق فى نهاية الكتاب.

(٣) د. محمد المرسي زهرة المرجع السابق ص٢٦٧ وأشار سيادته إلى:

يتم ذلك من خلال إبرام عقد بين الأطراف علاقة عملية الرحم المستأجر وهم في الغالب الرجل الذي يقدم المنى geniteur أو المرأة التي تقدم البويضة genitrice والحاملة gestatrice وهي المرأة التي تلقح صناعياً أو التي تستقبل البويضة الملقحة ovule feconde الطبيب أو المراكز الذي يقوم بعملية التلقيح الصناعي. ويعتبر الزوجان المستأجران هما الوالدان الشرعيان لهذا المولود فيقع عليهما عبء تحمل كافة النفقات التي يتطلبها رعاية المولود وذلك على عكس الوضع في فرنسا والتي ما زال المشرع الفرنسي يري أن أطراف علاقة الرحم المستأجر وتحديدا الأبويين البيولوجيين وصاحبة الرحم المستأجر لا يرتبطان بأي عقد فالأمر برمته لا يعدو أن يكون مجرد تفاهم فقط[1] ولكن نحن لا نشاركهم الرأى نظرا لما ترتبه هذه العلاقة من تغيير فى الاثار القانونية.

وانطلاقا مما سبق سنعرض إحدى النماذج العقدية التى تتم بين أطراف العلاقة :

ثانيا- النموذج العقدى الذي يتم الإتفاق عليه فى عمليات إستخدام الأرحام لصالح الغير:

يحتوي العقد الذي يتم التعاقد عليه بين الزوجين وبين الأم المستأجرة على خمس مواد، ويتم التوقيع على العقد لدى محام، أما المواد فهي تنص على :

المادة الأولى: أن تجري الأم صاحبة الرحم المستأجر الفحوصات الطبية اللازمة، وأن يتم كتابة إقرار توقع عليه مجموعة من الأطباء بانهم اجروا عليها البحوث الكافية، وأنها خالية من أية امراض يمكن أن تنقل للجنين.

المادة الثانية: أن توضع الأم االمستاجرة تحت ملاحظة مستمرة وكاملة طوال فترة الحمل، وأن تبقى تحت تصرف الطبيب المعالج طوال الوقت.

=

C. Atias, le contrat de substitution de mere, D.S., 1985, Chrom, p. 67.
J-R. Devichi ،la gestation pour le compte d'autrui, D.S., 1985, Chrom p147
P. Kayser, art prec, p.195.no. 15-14.
M.Harichaux, Le Corps object, prec, p.143.
M.Harichaux, L'assurance maternite et la materrnite par substition, prec, p.555.

(١) د. ممدوح خيري هاشم، السابق، ص٢٥٦ د. حبيبة سيف سالم، المرجع السابق ص٣٤٥

المادة الثالثة: أن تكون الأم صاحبة الرحم المستأجرغير متزوجة، وفي سن مناسب للإنجاب، وأن تقر بعدم الزواج أثناء فترة الحمل، حتى تنتهي من الحمل، وتضع المولود[1].

المادة الرابعة: أن تحتضن الأم المستأجرة البييضة طوال فترة الحمل، وأن تراعي عدم القيام بأي مجهود يعرض سلامة هذا الحمل المستكن للخطر.

المادة الخامسة: تقرالأم صاحبة الرحم المستأجر بأن من ستضعه سيكون ابنا لكل من"...." و"....". وأنه ليس لها حق في المطالبة بأي شيء خاص به، حيث تنقطع صلتها بالمولود منذ ولادته، ولا ترتبط به بأية حقوق مادية أو معنوية، وأنه ليس لها سوى " الجعل المادي" أو المبلغ الذي ستحصل علية نتيجة تطوعها للقيام بالعملية.

بعد أن رأينا أن العلاقة التي تنشأ بين المرأة الحامل والزوجين يمكن أن تأخذ الصفة التعاقدية فما هو العقد المتصور والضابط لهذه العلاقة المتنوعة بين (الزوجين – الرحم المستأجر – الطبيب)هذا سيكون محل هذا الكتاب إن شاء الله تعالى.

المطلب الاول

التعامل على الرحم والبيع

بناء على خصائص عقد البيع[2] وبتطبيق هذه الأحكام علي التعامل

---

(١) لقد قام بإعداد هذا العقد المحامي الدكتور عبد الله البلتاجي، لذلك نجد مثل هذا الشرط في العقد، بينما في اماكن مختلفة وبالذات في أوروبا نجدا أن الأم البديلة من الممكن أن تكون متزوجة، وهذا ما أفتى به وأجازه بعض العلماء الذين أجازوا تأجير الأرحام مثل عبد المعطي البيومي.
انظر: قضايا فقهية معاصرة، ص٣٢- ٣٣.

(٢) - عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين:
- وهو عقد معاوضة (Contrat & titre conereux)
- وعقد البيع من العقود البسيطه Contrat simple
- وعقد البيع من العقود المسماة Contrats nommes
- وعقد البيع من العقود الرضائيه Contrat consensual
- عقد البيع من العقود المحددة Un contrat commutatif: ومع ذلك يمكن أن يكون لعقد البيع طبيعة احتمالية Un caractere aleatoire.

د/ نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية، دار النهضة، ١٩٩٥، ص ٦٦ وما بعدها.

على الرحم يتبين أن[1] خاصية إلتزام البائع بنقل ملكية الشئ للمشتري ومن ثم لابد من أن يكون هذا الالتزام في مقابل ثمن نقدي منتفية في مثل هذا العقد كما أن صاحبة الرحم المستأجر تلتزم بنقل ملكية الطفل الذي سيولد مقابل إلتزام الأب البيولوجي بدفع المقابل – الثمن – وعلي صاحبة الرحم المستأجر أو البديل البائع أن تضمن عدم تعرض الغير للمشتري كزوجها مثلا أو أي شخص آخر كما تضمن العيوب الخفية التي تظهر في المبيع وفى المقابل سيحق للاب البيولوجي المشتري طلب انقاص الثمن إذا كان هذا العيب غير جسيم وإلا فله الحق في الأمتناع عن استلام الطفل بهذه الحالة والمطالبة بفسخ العقد لأن عدم إمكانية إعادة الحال إلى ما كانت عليه لا يمنع الفسخ فإذاً أدى البائع (صاحبة الرحم) التزاماتها فعلى المشتري أن يتسلم المبيع ويدفع الثمن المتفق عليه.

من ثم فعقد الرحم المتعامل عليه لا يتطابق مع عقد البيع وهذا لعدة أسباب:

بالرجوع إلى قاعدة أن الحر لا يدخل تحت السيد" بمعنى لا يباع ولا يشترى إذا :

- فالمحل في عقد البيع شئ له حق مالي بينما المحل في عقد الرحم البديل هو جسم المرأة ذاته وهذا خارج عن دائرة التعامل القانوني أساساً.بالإضافة لاحتوائه على الجنين حتى الميلاد واتفق الفقه علي أن الجنين لا يعتبر حقا ماليا ولا شيئا ويخرج عن دائرة التعامل القانوني أساساً.بالإضافة إلى أن البويضة المخصبة إذا كانت من الزوجين فهي ملك لهما ، وبالتالي ليست ملكا لصاحبة الرحم المستأجر ، فكيف تبيع حينئذ مالا تملكه، وكيف تضمن العيوب الخفية "العيوب أو الأمراض الوراثية " في الطفل "المبيع " لو ثبت أنها ناتجة عن أمراض وراثية في الأبوين البيولجين أو أحدهما[2].

(١) أما في الأشياء التي تصلح للبيع فقد نصت (لا ينعقد البيع علي الأشياء التي لا يجوز التبايع فيها ولا الأشياء التي ليس لها قيمة يمكن تخمينها ولا التي لا يمكن تسليمها بسبب ماهيتها / قانون الموجبات والعقود مع التعديلات الأخيرة / المحامي موريس نخلة / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت- لبنان/١٩٩٩م/ /المادة ٣٨٢ م ع ل.

(٢) د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد - المرجع السابق ص٥٢٨ وما بعدها -

- إذا فالمحل في كلا العقدين مختلف(١).
- وأما بالنسبة لعنصر المعاوضة فمتوافر في عقد البيع إلا أنه من الصعب أن يطبق في التعامل على الأرحام لأن الأم الحامل في أغلب الأحيان تكون متطوعة بالحمل(٢).

أن الإتفاق بين صاحبة الرحم البديل والزوجين يكون مخالفا للنظام العام للعقود مهما كان الوصف المعطي في الواقع لهذا التعاقد وأن الشخص العادي ولأول وهلة كما يري البعض(٣) أن يكيفة بانه عقد بيع للطفل فالهدف من العملية في الواقع أن يسمح بنقل الطفل من الأم الحامل إلى زوجين وهذا الوصف ممكن ولكن الشخص الإنساني لا يمكن في الواقع أن يكون سلعة تباع ولا محلا للالتزامات العقدية أو محلا للملكية فلا يمكن أن يشتري أو يباع أي كائن بشري فهذا الأمر مبالغ فيه عقلا(٤).

ما هى طبيعة إلتزام صاحبة الرحم المستخدم؟ لصالح الغير وهل هو إلتزام بنتيجة – بل ونتيجة جيدة – أم بمجرد وسيلة إلى أن يتم التسليم؟

بالإضافة إلى أن هناك اختلاف فى الأثار المترتبة على عقد البيع والأثار المترتبة على التعامل على الارحام فأثر مثل التسليم يمكن تصوره في عقد البيع حيث يلتزم البائع بتسليم المشتري الشئ المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد(٥) أي أن الشئ المبيع في معظم الاحيان موجود بنفس حالته عند انعقاد عقد البيع وعند تسليمه وخاصة إذا كان التسليم لاحقا لإنعقاد عقد البيع وهذا أمر غير متصور في عقد الحمل المستأجر حيث قد يهلك الطفل قبل ولادته حيا

---

(١) النظام القانوني للانجاب الصناعي ص ٥٢٨ وما بعدها لرضا عبد الحليم عبد المجيد – نشر النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٦م.

(٢) د. حبيبة سيف سالم المرجع السابق ص٣٤٧ وتري سياتها أنه وأن كان الحمل الغير بعوض وليس تبرعاً إلا أن أهم ركن في العقد هو المحل ويجب أن يكون المحل مشروعا ومعينا ومعينا أو قابلا للتعيين وغير مخالف للنظام العام والاداب

(٣) د. ممدوح محمد خيري هاشم المرجع السابق ص ٢٥٥

(٤) jean louis and catherinc labrusse riou op.citp116

(٥) د. فيصل زكي عبد الواحد الوجيز في عقد البيع وفقا للقانون المدني المصري عام ٢٠٠٥م ص١٤٢

وذلك كما لو أجهضت الأم الحامل فالتسليم مستحيل في حالة كهذه ولا يمكن عندئذ أعمال فكرة التعويض[1].

ويرى البعض كما نرى نحن بانه إذا سلمنا عملا بفكرة التسليم وتواجدها في عقد الحمل البديل علي نفس غراره في عقد البيع لوجدنا هناك اختلافا اخر هام مفاده أن الشئ الذي يراد تسليمه بعد أكتمال نموه وهو " المولود" مختلف تماما عن الحالة التي تسلمتها المرأة المتطوعة بالحمل منذ اللحظة الأولي وهو عبارة عن نطفة أمشاج لا تري بالعين المجردة هذا بالنسبة لأثر التسليم.

هل صاحبة الرحم المستخدم ملزمة بحمل وميلاد طفل سليم؟

لو صنفت هذه العلاقة بعقد بيع فعلى صاحبة الرحم المستخدم (البائع) أن تضمن عدم تعرض الغير للمشتري كزوجها مثلا أو أي شخص آخر.

كما تضمن صاحبة الرحم المستخدم لحمل الغير ضمان العيوب الخفية التي تظهر في المبيع كالتشوهات... الخ. وذلك طبقا لنص المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري معنيان: "تخلف صفة كفل البائع للمشتري وجودها في الشئ المبيع، والافة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع".

وبناء عليه يحق للاب البيولوجي (المشتري) طلب انقاص الثمن إذا كان هذا العيب غير جسيم وإلا فله الحق في الأمتناع عن استلام الطفل بهذه الحالة والمطالبة بفسخ العقد فإذا أدى البائع (صاحبة الرحم المستخدم) التزاماته هذه فعلى المشتري أن يتسلم المبيع ويدفع الثمن المتفق عليه.. الخ أما بالنسبة لاثر ضمان العيوب الخفية وذلك بأعتبار من أساس إلتزامات البائع في عقد البيع.

ومن ثم لا يصح القول بضمان العيوب الخفية مع عقد الحمل برحم مستخدم لأنه لا يمكن القول بضمان هذه الأم المستأجرة للعيوب الخفية التي سوف تظهر في الطفل حتى ولو كانت هذه العيوب ناتجة عن مرض وراثي في الأم الحامل بالإضافة إلى أن البيضة المخصبة إذا كانت من الزوجين فهى ملك لهما ،

---

(١) د. حبيبة سيف سالم المرجع السابق ص٣٤٧ وتري سيادتها أنه وعلي الرغم من وجود بعض التشابة الظاهري بين عقدي البيع والحمل لحساب الغير إلا أنه لا يمكن أن يكيف عقد الحمل لحساب الغير بانه عقد بيع لاستحالة المحل والسبب وفي ذات المعني راجع: د. سعيد سعد عبد السلام المرجع السابق ص١٠٦.

وبالتالي ليست ملكا لصاحبة الرحم المستخدم ، فكيف تبيع حينئذ مالا تملكه ، وكيف تضمن العيوب الخفية "العيوب أو الأمراض الوراثية " في الطفل "المبيع " لو ثبت أنها ناتجة عن امراض وراثية في الأبوين البيولوجيين أو أحدهما[1].

لذلك نرى أنه لا يمكن التسليم لبعض الآراء التى ترى بأن الأم بالرحم مجرد حضانة صناعية أو وعاء لاحتواء الجنين لأن هناك تعارض بين وجوب الضمان على الأم بالرحم الذى ينحصر دورها فى أنها وعاء فكيف تتحمل ضمان العيوب الخفية للأبوين وهى مجرد وعاء يحتوى على[2] نطفهم إذا لا يمكن القول بلزومها بوجوب ضمان العيوب الخفية للأبوين إلا فى حالة واحدة وهى لو تبرعت أو باعت الأم بالرحم ببييضتها بجانب رحمها عندئذ يمكن القول بوجوب الضمان عليها عند ظهور عيب فى الجنين من خلال تعاطيها لعقار أو لادمانها للخمور أو لمحاولة تعرضها للانتحار.. ...... وأخيرا أحتمالية قبول شكل العلاقة على أنها عقد بيع منعدمة لأن سبب العقد هو مساعدة الغير للزوجين فى صنع الجنين من المواد الخام التى قدموها إليه من منتجاتهم الجسدية وليس شراء الجنين بموجب عقد بيع لأنه لاينفع أن يشترى المالك الشيء المملوك له ولو كان غير ذلك لاستطاع الزوجان شراء أي طفل دون اللجوء إلى مثل هذه العملية.

ونستنتج مما سبق أن هناك اختلاف بين أركان عقد البيع واثاره على عقد الرحم المستأجر وخاصة تطبيق المواد المتعلقة بضمان العيوب الخفية les vices caches (م ١٦٤١ مدني فرنسي).

وهذا ما دعانا إلى التساؤل من قبل عن مدى جواز أن يرد عقد التبرع بدلا من البيع بين صاحبة الرحم المتعامل عليه والزوجين بمعنى هل تصح هذه العملية لو تمت بدون مقابل مادى؟ أي بالتبرع بالحمل لحساب الغير.

في الواقع ومع غياب التنظيم التشريعي فإنه يكون من الضروري اللجوء إلى القواعد العامة والتى تشير بأحد حلين لا ثالث لهما :

---

(١) د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد - المرجع السابق ص٥٢٨ وما بعدها -

(٢) النظام القانوني للانجاب الصناعي ص ٥٢٨ وما بعدها لرضا عبد الحليم عبد المجيد – نشر النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٦م.

١. إذا اعتبرت النطف الجنسية جزء من الشخص[١] element de la perssonne ومن ثم فهو يتبع النظام القانوني لهذا الشخص فيصبح "كالبلسمين" الذي لا يمس nali ne tongere (وهو نبات ينثر بذوره عند أي لمسة له).

ومن ثم لا يمكن أن يكون هناك أي إتفاق بين أطراف العملية علي شئ من هذا القبيل. فالشخصية الإنسانية خارج دائرة التعامل hors de commerce juridique منذ زمن بعيد[٢].

٢- أو إذا اعتبرت النطف البشرية محلا لحق بذلك يمكن أن تكون محلاً للملكية وإذاً كانت كذلك فماذا يمنع أن تكون محلا للإتفاقات القانونية.

إن الاختيار بين هذه الوجهة من النظر أو تلك تقتضي تحديد المقصود بالشخص في القانون المدني. أن الشخص يتميز بالحقوق التي يعد هو صاحبها. فيقال الشخص صاحب الحق sujet de droits.

والحقوق التي تثبت للشخص يمكن أن يكون لها قيمة اقتصادية في مجال الحقوق المالية العينية منها والشخصية وهي حقوق تكتسب وتنتقل من الشخص إلى غيره بكافة وسائل نقل الحقوق. كما أن له حقوق غير مالية لا تمثل لصاحبها أي عنصر من عناصر الثروة المادية فلا تباع ولا تشترى ولا تنتقل لاحال الحياة ولا بعد الموت[٣] ولا تقوم بمال[٤].

ومن هذه الحقوق ما يتعلق بالعناصر المكونة للشخصية الإنسانية سواء في جانبها المادي Droits sur les elements physiques de la personne humaine كالحق في الحياة والحق في سلامة الجسم أو في جانبها المعنوي Droit sur les elements morax de la persomme كالحق في الشرف والعرض

---

(١) (وهو تعبير الأستاذ كاربونيه في تعليقه علي حكم محكمة ليل في ١٨ مارس ١٩٤٧).

(٢) le corps humaine dans la commerce juridique D. 1932 chr Josserond .P.1,

(٣) عدا امكانية انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إذا طالب به المورث قضاء أو اتفق بشأنه.

(٤) أن كان الإعتداء عليها يستلزم التعويض انظر في حقوق الشخصية وخصائصها والفرق بينهما بين الحقوق المالية كتابنا "المدخل لدراسة القانون" نظرية الحق ١٠/١٩٩١ ص ٤٠ وما بعدها.

وحفظ الأسرار. ومنها ما يتعلق بتميز الشخصية الإنسانية كالحق في الاسم والصورة والهيئة.

ومن ثم لا يمكن أن يكون هناك أي إتفاق بين أطراف عملية الرحم البديل علي شئ من هذا القبيل. فالشخصية الإنسانية خارج دائرة التعامل hors de commerce juridique [1].

مما يستدعى القول بانه لايمكن تطبيق أحكام عقد البيع علي علاقة الرحم المستأجر بين الزوجين والحامل. مما يستدعى منا البحث فى عقد آخر.

المطلب الثانى

التعامل على الرحم والمقاولة

عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المصري المقاولة بانها " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين[٢] أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

كما تقرر المواد ١/٦٤٩ ، ١/٦٥٠ من التقنين المدني المصري بعض واجبات وحقوق صاحب العمل والمقاول فتنص المادة ١/٦٤٩ علي واجب المقاول في الالتزام بالحرص علي المادة التي قدمها له صاحب العمل وأن يراعي في استعمالها الأصول الفنية المتبعة في شأنها فإذاً تحولت تلك المادة إلى شئ غير صالح للاستخدام وثبت أن ذلك بإهمال أو تقصير المقاول إلتزم برد قيمة هذا الشئ لرب العمل.

وتقرر المادة ١/٦٥٠ لصاحب العمل حق فسخ العقد وتكليف مقاول آخر بإنجازه حيث يثبت له قيام المقاول بالعمل المكلف به علي وجه مناف للعقد.

من خلال نص المادة سالفة الذكر يتبين أن عقد المقاولة يعتمد على قيام المقاول بصنع شئ أو أداء عمل لحساب صاحب العمل وبالتسليم فى الميعاد المتفق عليه بالإضافة إلى إلتزام المقاول بضمان العيوب التى تعترى العمل الذى يقوم به.

---

(١) Josserond. le corps humaine dans la commerce juridique D. 1932 chr P.1.

(٢) انظر نص المادة ٨٧٢ من قانون المعاملات المدنية الأماراتى.

وفى المقابل يلتزم صاحب العمل بدفع الأجر المتفق عليه المقاولة، ذهب البعض[1] إلى قياس العقد بين الزوجين وصاحبة الرحم المتعامل عليه على عقد المقاولة ولعدم الأطالة نكتفي بسرد تلك المواد السابق ذكرها لكونها تخدم الموضوع المتعلق بأحكام عقد المقاولة في القانون المدني[2] كي تبين لنا أوجه المقارنة بين العلاقة العقدية لعملية الرحم المستأجر وعقد المقاولة المقاولة يتعهد بعمل أو صنع شئ ويلتزم بالمحافظة علي الخامات المسلمة إليه وإلا التزم برد قيمتها كما يحق، للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد حينما يثبت إهمال المقاولة ويكون له حينئذ الحق في تكليف المقاولة آخر لإتمام العملية.

وكذلك المرأة صاحبة الرحم المستخدم أو البديل " المقاولة " لا يكفى أن تلتزم بتنفيذ العمل المسند إليها وهو حمل الجنين فحسب، بل يتضمن هذا الإتفاق ضمان العيوب الخفية في العمل الموكول إليها بالقيام به وذلك بعد تسليمه، كان يكون الطفل مصابا بتشوهات راجعة إلى تقصيرها فى العمل الموكل إليها من خلال تعاطيها لأى دواء أو خمور تؤثر على صحة الجنين ، وفى المقابل يلتزم صاحب العمل (صاحب النطفة المنوية) بتسلم الطفل بعد ولادته بناء على الإتفاق المبرم بينهم وأن يقوم بسداد المقابل أو الأجر المادى المتفق عليه بعد اتمام العملية.

وعلى الوجه الآخر نجد أن صاحبة الرحم المستخدم لا تقوم أثناء الحمل بتصنيع شئ كما أنها لا تستطيع رد قيمة الجنين في أي مرحلة من مراحل تطوره في أحشائها وبالتالي لا يستطيع الزوجان فسخ العقد بعد غرز نطفة الأمشاج فى رحمها وتكليف امرأة أخرى بمهمة شتل الجنين.

برغم من قلة أوجه المقارنة بين العقدين إلا أنه لا تزال توجد فروق جوهرية بينهما تمنع من تطبيق أحكام عقد المقاولة علي أحكام علاقة عملية الرحم المستأجر وإن صح التعبير "المستخدم"، لذا فإن أحكام عقد المقاولة وطبيعته لا تنطبق علي العلاقة بين الزوجين وصاحب الرحم المستأجر وإن صح التعبير " المستخدم "، مما يستدعي البحث عن عقد آخر ينطبق معه فى احكامه.

(١) د/ رضا عبد الحليم. المراجع السابق ص٥٣٧ وما بعدها

(٢) انظر في أحكام المقاولة عموما: د/ محمد لبيب شنب، عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١١٢.

المطلب الثالث

التعامل على الرحم والعمل والمساقاة فى الشريعة الإسلامية

ان المساقاة فى تعريفها[1] تشبه أحكام المادة أحكام المادة ٣١ من قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ فى أن كليهما يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه لقاء أجر أياً كان نوعه" سواء أن كان الأجر مالا أو جزءا من الغلة أي كان على حسب الإتفاق المبرم والمتراضى به الطرفين ويتضح من ذلك أن عقد العمل وعقد المساقاة فى الشريعة الإسلامية يتشابهان فى الأجر ولكن هل يتشابه معهم عقد الحمل المستأجر فى الأجر. أي أنه هل صاحبة الرحم المستأجر وإن صح التعبير " المستخدم " باعتبارها القائمة برعاية الجنين والقائمة بدور العامل بالمساقى سيكون أجره مالا بالإضافة إلى اشتراكها فى ملكية الجنين بموجب سقيانها له طوال فترة الحمل بمعنى اخر إذا كان فى عقد المساقاة يأخذ المساقى جزءا من الغلة التى زرعها بموجب سقيه ورعايته لها. من الماء فما بالك بالمرأة المستأجرة التى تسقى الجنين من جسدها ودمها فنستنتج مما سبق أن العقدين عقد المساقاة وعقد الرحم المستأجر متفقان فى عنصر الرضائية بالإضافة إلى أن ورود كل منهما علي الجهد الانسانى إلا انهما يختلفان فى مشروعية محل العقد فالأول يرد على الأرض الزراعية فهو محل مشروع أما الثانى فيرد على عضو آدمى وهو الرحم.

أوجه التشابه بين عقد الرحم الذى يتم التعامل عليه وعقد العمل:

١- يتفق العقدان في أن كلاً منهما يقوم بمجرد التراضي فينشأ العقد بمجرد تطابق أرادتي العاقدين أيا كانت طريقة التعبير عنها ومن ثم لا يشترط لإنعقاد كليهما شكل معين.

---

(١) المساقاة هى مفاعلة من السقي وهذه المفاعلة علي غير بابها وسميت بهذه التسمية لأن شجر أهل الحجاز أكثر حاجة إلي السقي لأنها تسقي من الأبار فسميت بهذه التسمية. وهي في الشرع دفع الشجر لمن يقوم بسقيه ويتعهده حتى يبلغ تمام نضجه نظير جزء معلوم من ثمره. فهي شركة زراعية علي استثمار الشجر يكون فيها الشجر من جانب والعمل في الشجر من جانب والثمرة الحاصلة مشتركة بينهما بنسبة يتفق عليها المتعاقدان كالنصف والثلث ونحو ذلك. ويسمي العامل بالمساقي، والطرف الآخر برب الشجر.و يطلق علي كل ما غرس ليبقي في الأرض سنة فأكثر من كل ما ليس لقطعه مدة ونهاية معلومة سواء أكان مثمرا أم غير مثمر. وتكون المساقة علي غير المثمر نظير ما يأخذه المساقي من السعف والحطب ونحوها.

٢- كما أنها من العقود الملزمة للجانبين لكون كل منهما ينشئ حين ابرأمه إلتزامات متقابلة في ذمة كل من عاقديه[١].

٣- يشترك العقدان فى عنصر التأقيت أي ذلك العقد الذي يشكل فيه الزمن عنصراً جوهرياً في التنفيذ[٢]. فالعامل في عقد العمل يلتزم بالعمل لمصلحة رب العمل مدة معينة الأمر الذي يجعل من الزمن عنصراً أصيلاً في هذا العقد وليس مجرد عنصر عرضي. وأيضاً فإن صاحبة الرحم المستأجر تلتزم بتكملة رحلة الحمل المدة الطبيعية له والزمن هنا كذلك عنصر جوهري لتنفيذ عقد الرحم المستأجر.

أوجه الاختلاف بين عقد الرحم الذى يتم التعامل عليه وعقد العمل:

أولاً: يظهر وجه الاختلاف هنا فى عدم إمكانية استيعاب عنصر التبعية القانونية[٣] فى عقد العمل والذى يقصد به أن يؤدى العامل العمل تحت إدارة وإشراف صاحب العمل. على عقد إيجار الأرحام وإن صح التعبير " المستخدم "، لأن ذلك يقتضى أن تسخر صاحبة الرحم المستأجر كل أوقاتها وعلى مدار فترة الحمل تحت حساب الأبوين البيولوجيين وذلك لوضعها تحت الرقابة والإشراف، لخضوعها للفحوصات الطبية المختلفة ومع فرض تحملها ذلك فى بداية فترة الحمل نظرا لاعتبار ذلك، إلتزام يقع على عاتقها ناتج عن عقد تأجير رحمها

---

(١) د. محسن عبد الحميد البيه، المصادر الأرادية، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٢) د. محسن عبد الحميد، المصادر الأرادية، المرجع السابق، ص ٤٢، ٤٣.

(٣) د. حسن كيرة أصول قانون العمل فقرة ٧٢، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٢٧، ص ٣١١.

ولقد سار القضاء المصرى على إعتبار أن المقصود بالتبعية فى هذا المضى هو التبعية القانونية وهذا هو ما ذهبت إليه هيئة تحكيم القاهرة في النزاع رقم ٣٨ لسنة ٥٧ فى المدونة العمالية للفكهاني الجزء الأول ولقد جاء فى هذا الحكم أن إعتبار العقد عقد عمل يعتمد على أمرين أولهما تبعية العامل لرب العمل وثانيهما حصوله على أجر لقاء عمله. -- والمقصود بالتبعية هو التبعية القانونية التى تقوم على أساس تادية العمل لحساب رب العمل وإئتمار العامل بأوامر رب العمل وخضوعه لإشرافه وتعرضه للجزاءات إذا ما قصر فى عمله أو أخطأ، وانظر كذلك القاعدة رقم ٥٠ فى نفس المدونة الجزء الأول، مشار إليه فى الوسيط فى شرح أحكام قانون العمل الجديد د. محمد على عمران، ٢٠٠٤- ٢٠٠٥، دار نصر للطباعة والنشر، ص ٥٨ وما بعدها.

وإن صح التعبير " الرحم المستخدم " ، ولكن لا يعقل أن تطيق هى المراقبة والتقييد طيلة فترة الحمل.

وبالتالي فعنصر التبعية بمفهومه سالف الذكر إليه. كان متوفراً فى عقد العمل وخاصة أن مدة العمل التى حددها القانون سالف الإشارة إليه تكون من ست إلى ثمان ساعات يومياً – حسب الفئة التى ينطبق عليها فهو (أى عنصر التبعية) غير متصور مطلقاً فى عقد تأجير وإن صح التعبير " الرحم المستخدم " ، لأن ذلك يقتضى أن تكون السيدة الحامل مراقبة لمدة أربع وعشرون ساعة يومياً ، وهذا أمر لايتحمله الإنسان إلا إذا غاب الادراك عنه.

ثانيا: الأصل فى عقود التعامل على الأرحام أن يكون بلا مقابل أي تبرع وهذا على عكس عقد العمل الاصل فيه الأجر الذى يعتبر من العناصر الأساسية فيه–والذى يعرف بانه كل ما يتقاضاه العامل من صاحب العمل لقاء عمله لدى هذا الأخير ثابتاً كان أم متغيراً نقداً كان أم عيناً.

فإن كان متصوراً كعنصر رئيس فى عقد العمل ، إلا أنه غير متصور فى عقد تأجير الأرحام ، لأنه الاصل أن يكون تطوعاً ، الأمر الذى لا يتصور فى علاقات العمل. بالإضافة إلى أن الهدف من الأجر تحقق وانجاز العمل(١) المطلوب من العامل القيام به ، ورؤية صاحب العمل لهذا الانجاز فتلك مسألة خارجية يستطيع صاحب العمل التيقن من حدوثها ، إلا أن ذلك غير متصور فى عقد تأجير الأرحام حيث الغاية من هذا العقد هو تكوين الجنين من لحظة الإخصاب الصناعى وحتى الوضع وهذا كله أمر داخلى لا يعلم فى أي مرحلة يكون عليها الجنين فى الرحم المستخدم ، وبالتالي لا يستطيع الزوجان مراقبة التحول لهذا الجنين إلا إذا كانا متخصصين من أهل الطب.

---

(١) ففى عقد العمل يتم الإتفاق مثلاً بين العامل وصاحب العمل على قيام الأول بانتاج عدد معين من وحدات السلعة فى اليوم الواحد ، وبالتالي يتم تقدير أجره بالنسبة لهذا العدد من الوحدات ، فإذا زاد العامل على هذا العدد إستلزم ذلك إعطائه أجراً إضافياً أو مكافأة من قبل صاحب العمل ، أما إذا قل عدد الوحدات المنتجة من السلعة عن عدد الوحدات المتفق عليها فلا يستحق العامل فى هذه الحالة الأجر المتفق عليه ، بل سيعطى أجراً أقل ، كل هذه الأمور لم يتم الإتفاق على خلافها بين العامل وصاحب العمل فى عقد العمل

ثالثا : عقد العمل من عقود المعاوضات الذي يؤدي فيه العامل ما كلف به مقابل أجر محدد أما عقد الرحم المستأجر قد يكون معأوضة وقد يكون تبرعاً من جانب صاحبة الرحم المستخدم.

رابعا : عقد العمل من عقود المدة التى تتميز في قياس المعقود عليه بالزمن وأن الإلتزامات الناشئة عنه تربطها علاقة طردية أما في عقد الرحم المستأجر فإن الزمن لا يلعب دوراً في تحديد مقدار الإلتزامات الناشئة عنه بل أنها تترتب في ذمة طرفيها بمجرد إبرام العقد بينهما.

خامسا : يمكن للعامل أو لرب العمل انهاء عقد العمل قبل انتهاء مدته بشروط حددها القانون إلا أن عقد الرحم المستأجر لا تقبل طبيعته فكرة انهائه قبل انتهاء حالة الحمل وحصول الوضع.وهذا يرجع إلى انفراده بطبيعة المحل.

سادسا : وأخيرا المحل فى عقد العمل مشروع بخلاف المحل فى عقد الرحم المستأجر غير مشروع.

الجزاءات القانونية المترتبة على مخالفة صاحبة الرحم الذى يتم التعامل عليه للعمل المكلفه به:

هل يمكن تطبيق الجزاءات القانونية التي تترتب علي مخالفة العامل للعمل المكلفه به[1]: وهو الحمل لصالح الغير؟

مما لا شك فيه سوف يؤدى بنا هذا النوع من العمليات لو تم تكييفها على عقد العمل كثيراً من الدعأوى المتعلقة إما بعدم تنفيذه من جانب الطرفين واما بسبب الأضرار التي قد تحدثها صاحبة الرحم المستأجر تجاه الجنين الذى هو أساس الموضوع أثناء تنفيذها للعقد فالدعوى التي تملكها تجاه (الأبوين البيولوجيين) الطرف الآخر الذي قصر في تنفيذ التزاماته كان تقاعس عن دفع الأجرة أو أهمل في العلاج الطبى لها والي غير ذلك من أوجه القصور التي يمكن أن تسند إليهم هي دعوى عقدية تخضع لأحكام العقد المبرم بالإضافة إلى القواعد الأخرى التي وضعها المشرع في قانون العمل وبخاصة فيما يتعلق بعقد العمل

(١) يراجع الأستاذ الدكتور/ عبد الودود يحيي – الموجز في النظرية العامة للالتزامات ظ أحكام الالتزام دار النهضة العربية سنة ١٩٨٦م، ص ٢١١./ الأستاذ الدكتور/ محمد لبيب شنب – المرجع السابق – ص ٢١٣.

الفردي الذي نظمه قانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ في الباب الثاني منه[1].

وعلى الصعيد الآخر إذا تقاعست فى أحد التزاماتها فإنها قد تتعرض لنوعين من الجزاء الأول الجزاء الأدبى والجزاء المدني ويتمثل في قدرة الأبوين البيولوجيين علي فسخ العقد المبرم بينهم وبين صاحبة الرحم المستأجر التي أخلت بإلتزاماتها وقد يتمثل كذلك في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي سببتها بإخلالها بالالتزام القانوني.

وهو حل نادراً ما يحدث في الحياة العملية نظراً لعدم يسار صاحبة الرحم المستأجر الذي أدى إلى لجوئها إلى مثل هذه العملية. هذا بالإضافة إلى وقوع المسئولية المدنية لها تجاه الابوين البيولوجيين التى تتمثل فى الدعوى التي يرفعها الاخير علي الأم بالرحم لمطالبتها بالتعويض.

هل تسقط الأجرة بهلاك العين أو باخلال صاحبة الرحم في عقد العمل؟

أي أنه إذا هلك الجنين أثناء الحمل هل يتحمل الأبوين البيولوجيين أجرة علاج صاحبة الرحم حتى تتعافى من جراء ما خلفه الحمل لها, أم بهلاك الجنين ينفسخ العقد ولا اعتبار لأى مقابل مادى

يستفاد من رؤية مذهب الشافعية والحنابلة حيث يرون أنه إذا عمل الأجير في ملك المستأجر أو بحضرته استحق الأجرة لأنه تحت يده فكلما عمل شيئاً صار مسلماً له. وأن كان العمل في يد الأجير لم يستحق الأجرة بهلاك الشئ في يده لأنه لم يسلم العمل نرى أنه يرجع إلى الإتفاق المبرم بينهم إذا نص على علاجها على نفقتهم فى حالة حدوث ذلك عندئذ تطبق شروط العقد هذا على افتراض تم التسليم خضوع عقد إيجار الرحم إلى عقد العمل.

(١) الجريدة الرسمية العدد ١٤ مكرر في ٧ ابريل ٢٠٠٣
انواع الجزاء التأديبي: الجزاء التأديبي للعامل يجعل معنى العقوبة والردع للعامل ومن ثم فهو يرتبط دائما بمقدار جسامة المخالفة الواقعة من العامل. وقد ورد بالمادة ٦٠ من قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ انواع الجزاءات التأديبية التي يجوز توقيعها علي العامل وهي: الانذار – الخصم من الأجر – الوقف عن العمل – الحرمان من العلاوة السنوية أو جزء منها – الانذار الكتابي بالفصل – الفصل من الخدمة مع حفظ الحق في المكافأة.

من جميع ما سبق يتضح عدم توافق طبيعة عقود التعامل على الأرحام مع عقد العمل وذلك لامكانية تخلف العناصر الرئيسية فى عقد العمل (كالتبعية والأجر.. ...).

المطلب الرابع
التعامل على الرحم وعقد الرضاع

مفهوم عقد الارضاع:

جاء في مرشد الحيران –من المادة رقم ٦١٠ إلى المادة ٦١٥ والتى تنص على أن عقد الأرضاع هو عقد تتعهد بمقتضاة امرأة بإرضاع غير ولدها بأجر أو بدونه لمدة معلومة

وذكر بمعنى أخر أن عقد الرضاع هو مص الصبي ثدي الآدمية في سن الرضاع وابتلاع لبنها[١]. يري البعض[٢].

من خلال التعريف السابق أن هناك أوجه شبه بين عقد الأرحام وعقد الأرضاع لذلك[٣] لذلك نرى أن الرحم والثدي يشتركان في أن دور كل منهما وظيفي وهما يكملان بعضهما البعض فى نمو الطفل مع الاخذ فى الاعتبار بأن ليس لأى منهما دور في عملية التخليق واكتساب المورثات[٤]. اى انه لو تأكدنا ان المولود لا يأخذ اى مورثات من الام بالرحم سوى الدم فهل يثبت المحرومية بينهم كالرضاعة وما ترتبه من آثار....

وكما أن الأرضاع هو تغذية الطفل دون اكتسابه أيا من الصفات الوراثية للمرضعة، لأنه يكتسب صفاته الوراثية من الخلية المكونة من الحيوان المنوي والبويضة.

---

(١) التعريفات للجرجاني –باب الراء فصل الضاد – ومعجم لغة الفقهاء- ص٢٢٣

(٢) د/ علي حسين نجيدة التلقيح الصناعي ص٢٨ الإنجاب في ضوء الإسلام ٤٨١ د/ عبد الحميد عثمان المرجع السابق ص٨١ د/عبد السلام السكري المرجع السابق ص٢٢٤

(٣) التلقيح الأصطناعي بين الحل والحرمة ص ٢٢٤ للدكتور عبد السلام عبد الرحيم السكري، مطبعة حمادة الحديثة، ١٩٩٥م.

(٤) د/ علي حسين نجيدة التلقيح الصناعي ص٢٨ الإنجاب في ضوء الإسلام ٤٨١ د/ عبد الحميد عثمان المرجع السابق ص٨١ د/عبد ىالسلام السكري المرجع السابق ص٢٢٤

فكذلك يقتصر دور صاحبة الرحم المستأجر علي تغذيته فقط دون إكسابه أيا من الصفات الوراثية لها طبقا لرأى أهل التخصص، وبالتالي فإنها تكون في حكم الأم المرضع للمولود لأنه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضاع الذي يحرم به ما يحرم من النسب.

وبما أن الرحم موضع الجنين ومصدر غذائه وبالتالي هو محل العقد فى عمليات استعارة الأرحام ، المرأة صاحبة الرحم المستأجر تقوم بتغذية البويضة الملقحة ونضجها وتقسيمها قبل المشيمة عبر الهرمونات وخاصة H.C.G. كما أنها تلعب دوراً مهماً في تحضير المناخ للكروموزومات الوراثية الموجودة في البويضة الملقحة. وقد تتسبب فى تنقل المرض والجراثيم إلى الجنين عبر الدم والغذاء.

وأما الثدى فيعطي الطفل الغذاء والحنان، وهو كذلك محل العقد فى عقد الرضاعة مما قد يسمح بالتقارب فيما بينهما ويعطي امكانية قياس الأول علي الثاني بجامع الحنان وتغذية ولد الغير في كل، حيث أن الأم الرضاعية تحنو علي غير ولدها وتجعل له من ثديها غذاء، ومن حجرها حواء، ومن عطفها وفاء والأم المستأجرة تحنو علي جنين غيرها وتجعل من رحمها له وعاء ومن دمها غذاء... وسوف نسرد أوجه التشابه بين عقد إيجار الرحم وعقد الرضاع لنرى مدى امكانية تطابق كلا منهما على الآخر

- التشابه بين عقد الرحم البديل لله وان صح التعبير عقد الرحم المستخدم لله وعقد الرضاع

١- عقد إستخدام الرحم وعقد الرضاع من العقود الرضائية: فعقد الرضاع ليس عقد شكلي لأنه ينعقد بمجرد تلاقي أرادة طرفية دون حاجة إلى اتخاذ أي أجراءات شكلية أخرى

٢- عقد إيجار الرحم " وان صح التعبير عقد الرحم المستخدم " وعقد الرضاع من العقود التي يقتضى تنفيذها فترة معينة من الزمن وذلك فهو يوصف بالعقد الزمني. حيث أن التزامات كل طرف لا تنتهي بمجرد البدء في تنفيذه، بل تستدعى العقود الزمنية ومنها عقد الرضاع قيام أطرافها بالعمل المتفق عليه أكثر من مرة.

٣-   عقد إيجار الرحم " وان صح التعبير عقد الرحم المستخدم " وعقد الرضاع في الغالب هو عقد معاوضة حيث يعطي فيه كل طرف (أسرة الطفل والمرضعة)مقابل لما يأخذ من الطرف الأخر. وهذا لا يمنع أن يكون عقد الرضاع تبرعاً ، لكن في هذه الحالة الأخيرة لا يتصور عملا التبرع إلا من جهة المرضعة فقط وليس من جانب أسرة الطفل المرضع. فى اغلب الأحوال لاتوجد علاقة بين طرفي عقد الرضاع وعقد إيجار الرحم أسرة الطفل – المرأة المرضعة.

٤- عقد إيجار الرحم " وان صح التعبير عقد الرحم المستخدم " وعقد الرضاع من العقود الواردة على منفعة مادية وأخرى معنوية(١).

حيث تتمثل المنفعة المادية في قيام الطفل بالتغذي باللبن الذي تقدمة المرضعة له من ثدييها وتتمثل المنفعة المعنوية في الحنان والعطف اللائي تعطيهما المرضعة للطفل.

وهناك حكمة إلاهية وهى العلة فى تحريم الله للزواج من الإخوة بالرضاعة لو تمعنا النظر فيها لوجدنا أن هناك سبب طبي على حد علمنا يربط بين الأم بالرضاعة والطفل الرضيع فهناك سر إلهى بهذا الشأن القرآن الكريم والعلم يجمعوا على أن عظام الطفل ينى من لبن ثدي المرضعة وكان لكتاب الله الكريم السبق فى تلك المعرفة فإذاً كانت تلك حكمة الله من والدية الابن بالرضاعة فما بالك الابن بالرحم الذى ينى لحمه وعظامه من دم أمه بالرحم.

وبناء على ما سبق تتضح مدى التقارب والتشابة بين عقدي التعامل على الأرحام والرضاع ، إلا أنهما قد يختلفان في بعضا من الفروق الجوهرية.

- أوجه الاختلاف بين عقد إستخدام الرحم وعقد الرضاع:

فى عقد إستجارالأرحام قيام المرأة المستأجرة بحمل الجنين وهى على بينه تامة باستحالة الرجوع فى التعاقد وتوقف التنفيذ وذلك لاستحالة رجوع محل العقد بالوضع الذى كان عليه أو لعدم توفير رحم بديل ينموا فيه الجنين لتكملة الرحلة بخلاف المرأة المرضعة فإمكانية الرجوع عن التعاقد وارد لأي سبب طرىء من الأسباب بشرط توفر بديل غذائى لاستمرار حياة الطفل.

(١) د.حسني عبد الدايم – المرجع السابق – ص٢٧٨

إمكانية انتهاء العقد دون خسائر فى عقد الرضاعة اقل من عقد الحمل المستأجر فى عقد الرضاعة تنشأ له أثار حميدة متمثله فى العلاقة الوجدانية التى تنمو بين الطفل والمرضعة وذلك فى ظل وجود الأم الولادة بالإضافة إلى عدم نفور أو خجل الطفل مستقبلا من وجود أم بالرضاعة هذا عكس الأم بالرحم رغم حداثة هذا النوع من الأمومة فى حياتنا إلا أنه تتخلف عنه بعض الآثار السلبية منها ميلاد الحيرة مع الطفل ونموها يوما بعد يوم بينه وبين والدتيه بالإضافة إلى ظهور حالة أو شكلا اجتماعيا جديدا تحتار وتتداخل فيه المشاعر.

وجود شبهة فى انتقال الصفات الوراثية من الأم إلى الجنين فى الحمل الظئر بخلاف المرضعة الظئر.

موضوع محل الإتفاق فى المرضعة الظئر يكون على الطفل باعتباره انسان أما فى الرحم الظئر يكون نطفة الأمشاج باعتبارها ناتج من نواتج الإنسان.

نرى فى تشبيهنا للأم بالرضاعة قياسا على الأم بالرحم ظلما كبيرا للمرضعة الظئر وذلك لأن دور المرضعة فى اغلب الأحوال يكون الدافع له انسانى ويكون تبرعي وقد نصت عليه الشريعة الإسلامية السمحاء مما أدى إلى سمو هذا الإتفاق أما بالنسبة إلى عملية تأجير الأرحام فيتخلف عنها بعض للأقاويل والآراء حول الإباحية والحرمانية ونرى أن عدم وجود نص أو ما يدل صراحة على شيء يفيد بإباحتها فى الشريعة الإسلامية دليل قاطع على عدم الأخذ بها لأن مثل هذه الأمور المصيرية الخاصة بالكيان البشرى لو سكت عنها المشرع معناه أنها خروجا عن القاعدة العامة المسموح لنا بها وطبيعته لا تنطبق علي العلاقة بين الزوجين وصاحب الرحم المستأجر، مما أستدعي البحث عن عقد آخر ينطبق معه فى أحكامه.

وتطبيقا على ما سبق هل من سلطة الزوج أو القضاء إجبار الأم بالرحم على إرضاع المولود المتخلق بنطف الغير؟

اى انه هل الرضاعة من ملحقات إستخدام الارحام لصالح الغير باعتبار أنها الغذاء التكميلي لما بعد الولادة وخاصة فى الحالات التى يرفض المولود فيها أي غذاء غير لبن الأم؟

كما أنه هل يجرم فعل الأم بالرحم عند امتناعها عن إرضاع المولود في الوقت الذى يكون رافضا فيه اللبن الصناعى البديل بالإضافة إلى أى ثدي اخر غير ثدي أمه بالرحم الذى حملته وولدته؟ يستدل على إجابة هذه التساؤلات من الآراء الاتية:

يري الشافعية أنه يجب علي الأم إرضاع ولدها " اللباء " بالهمزة والقصر وهو اللبن الذي ينزل عقب الولادة لأن النفس لا تعيش بدونه غالبا فلو امتنعت عن أرضاعة فمات فقولان:

الرأى الأول

- عدم الضمان لأنه لم يحصل منها فعل يحال عليه سبب الهلاك قياسا علي ما لو امسك عن المضطر ولأن عدم سقي " اللباء " ليس محققا لموت الولد ولا كالمحقق فأن كثيرا من النساء يمكن عقب ولادتهن ويرضع الولد من غير أمه ويعيش

الرأى الثاني

- عليها الضمان لأنها وأن لم يحل منها إتلاف لكن امتناعها من سقي ما وجب عليها نزل منزلة الإتلاف[1].

الرأى الثالث

- يرى الزيلعى والاتقاقي نقلا: أن الأم تجبر علي الإرضاع في حالة واحدة وهي حالة إذا لم يكن للأب ولا للولد مال فأنها تجبر وتجعل الأجرة دينا علي الأب وعللا هذا الإجبار بأن الطفل يتغذى بالدهن وغيره من المانعات ومن ثم فترك أرضاعة لا يؤدي إلى ضياعة وهلاكه ثم نقلا أن هذا القول هو ظاهر الأخرى يؤدي إلى مرض الولد وهلاك وأن نقله الزيلعي والاتفاني[2].

بالرغم من أن حكم الرضاع هو الوجوب لأن حياة الطفل تتعلق به وتركه يستلزم إهلاك الرضيع وإهلاك الرضيع حرام فتكون صيانته واجبة فيكون الإرضاع واجباً[3].

---

(١) (أنظر نهاية المحتاج وحاشية الشبراملس ج٦ ص٥٢٥).

(٢) (أنظر البحر الرائق ج٤ ص٢١٩ رد المحتار علي الدر المحتار ج٢)

(٣) الأختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي صـ ٦٦، طبع المعاهد الأزهرية ١٤٢٦ هـ، الشرح الصغير صـ ١٣٠، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٥٠٢/٢، نهاية المحتاج ٢٢١/٧، المغنى ٦٢٧/٦.

إلا أنه إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر مصابة بفيروس نقص المناعة البشرية فأن احتمالات ولادتها لطفل مصاب بنفس الفيروس تصل بالتقريب إلي نسبة واحد إلى ثلاثة وبعض المواليد يصابون أثناء وجودهم في الرحم وبعضهم أثناء الولادة(١) والبعض الآخر أثناء الرضاعة الطبيعية(٢). فإذا ولدت صاحبة الرحم المصابة بالإيدز طفلا فلا حرج عليها في إرضاعه وحضانته أيضاً إذا ولد مصاباً بالمرض نفسه، فالمحذور قد وقع ولن يحدث إرضاعها له وحضانتها إياه ما يخاف منه ويخشى.

أما إذا ولد الطفل سليما من المرض ووجدت الأم الوالدية مرضعة ظئر وتقوم علي حضانته فأنه يجب عليها أن تمتنع عن إرضاعه وحضانته فالمرآة الصحيحة تستطيع أن تقوم مقام الأم وحليبها يملك خصائص حليب الأم، وقد كانت العرب قبل الإسلام تسترضع لأبنائها وأقرالإسلام الرضاعة ونشر المحرمية بها وإصرارالأم علي إرضاع طفلها وحضانته قد ينقل إليه العدوى ويصيبه بهذا المرض الخبيث(٣).

وقد نص فقهاؤنا علي منع الأم المريضة بأمراض خطيرة كالجذام من إرضاع طفلها وحضانته.

يقول الشيخ الدردير المالكي ما معناه: يشترط في الحاضنة العقل والكفاية، وأن لا يكون بها مرض كجذام يضر ريحه أو رؤيته ومثله كل عاهة مضرة يخشى علي الولد منها ولو كان بالولد مثله لأنه بالانضمام قد تحصل زيادة علي ما كان علي سبيل جري العادة(٤).

---

(١) تنتقل العدوى من الأم المصابة إلى الجنين أثناء الحمل أو الولادة بقليل، وتبلغ احتمالات أنتقال العدوى للجنين من أم مصابة ما بين ٢٥٪ - ٤٥٪. أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل طبية صـ ٦٧، رسالة عن الإيدز صـ ٣.

(٢) البيان الذي أصدرته منظمة الصحة العالمية واليونسيف بشأن العلاقة بين أنتقال فيروس العوز المناعي البشري وبين الرضاعة الطبيعية لم ينكر أن الرضاعة قد تسبب أنتقال هذا الفيروس إلى الطفل إلا أن هذا البيان قرر أن الأمر يتطلب مزيداً من البحوث من أجل تقدير احتمالات العدوى بالفيروس من خلال الرضاعة الطبيعية. الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز، د/ عمر سليمان الأشقر صـ ٦٩، الرضاعة الطبيعية والصحة الإنجابية في العالم الإسلامي صـ ٤٦٧.

(٣) الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز، د/ عمر سليمان الأشقر صـ ٦٨.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٥٢٨/٢، ٥٢٩، وأنظر هذا المعنى أيضا في: مغنى المحتاج ٤٥٦/٣، كشاف القناع ٤٩٩/٥.

وعلي هذا يجب علي الأبوين البحث عن وجود بديل لإرضاع هذا الطفل لأن تركه بدون رضاع فيه هلاكه وموته.

أما إذا لم يتيسر لهما وجود بديل (امرأة ترضعه) أو ما يتناسب مع الطفل من الحليب الصناعي أو حليب الحيوانات كالأغنام والأبقار كالحال في الدول الفقيرة فأنه يجب علي الأم في هذه الحالة إرضاعه وحضانته[1] فإذا لم يوجد لها لبن يجوز للام الجينية تناول هرمونات نزول اللبن لإرضاعه لأن في تركها إرضاعه وحضانته هلاكا محققا للطفل، وهلاكه بسبب إرضاعها له وحضانتها إياه غير محقق، ولكنه محتمل واحتمال ذلك نسبته قليلة.وخاصة بعد التطور الذى نعيش فيه ووجود بدائل غذائية تستطيع الأم إعطائها للمولود بدلا من الرضاعة.

والخلاصة ان مسألة إجبار الأم على أن ترضع طفلها لأى سبب من الأسباب السابقة فيه شيء من غير المعقول لأن الداعي إلى الرضاعة بجانب احتياج الطفل للغذاء هو تحريك غريزة الحنان والمشاعر فكيف يطلب من المرأة على فعل مثل هذا الشيء وهى تفقده ! ففاقد الشيء لا يعطيه وعلى هذا نرى أنه ليس من الداعي إجبار الأم بالرحم على الإرضاع وخاصة أنه يوجد اليوم بدائل أفضل من اللبن الذى يغصب ويطلب من امرأة بالأمر.

---

(١) الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز صـ ٦٩.
به البيان الذي أصدرته منظمة الصحة العالمية واليونسيف بشأن العلاقة بين أنتقال فيروس العوز المناعي البشري وبين الرضاعة الطبيعية إلى أن الدراسات تثبت أن الرضاعة الطبيعية تنقذ أرواح الأطفال وأنها تتيح مزايا هائلة غذائية ومناعية ونفسية واجتماعية. فضلا عن مباعدة الولادات كما نبهت بعض البحوث إلى قلة الحالات التي أنتقل فيها الفيروس من الأم إلى الطفل بسبب الرضاعة فالحالات من هذا النوع معدودة في العالم كما نبهت البحوث أن نسبة وجود فيروس الإيدز في لبن الأم قليلة جدا كما هو الحال في إفرازات البدن الأخرى كاللعاب والعرق والبول وأكدت البحوث أن العدوى بفيروس الإيدز لا تتم عن طريق الجهاز الهضمي والطن — والله أعلم وأحكم بالصواب — أن الضغط الشديد الذي يمارسه الرضيع علي الغشاء المخاطي الرقيق في فمه هو الذي يؤدي إلى أنتقال العدوى إذا كانت حلمة الثدى متشققة.
د. محمد هيثم الخياط نائب المدير الإقليمي لمكتب منظمة الصحة العالمية لشرق المتوسط، د. محمد حلمي وهدان مدير الوقاية من الأمراض ومكافحتها في المكتب المذكور في ورقتهما إلى الندوة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالاشتراك مع منظمة الصحة العالمية تحت عنوان: "الرؤية الإسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الإيدز" صـ ٣، الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز صـ ٧١، مرجع سابق.

المطلب الخامس
التعامل على الرحم والإيجار

تمهيد:

اعتادت الغالبية العظمى من علماء الفقه على مختلف تخصصاتهم فى استعمال لفظ الإيجار عند التعرض لعملية الرحم المستأجر المعروفة باسم "إيجار الأرحام" مما قد يوحى راغبا الإنجاب (الزوجين) بموجب رابطة إيجار الرحم لهما الحق في الانتفاع بالرحم المستأجر مدة معينة ولقاء أجر معلوم. وذلك لان عقد الإيجار(1) من عقود المعاوضة فكلا من طرفيه يأخذ مقابل لما يعطى، الأمر الذي

---

(١) الإجارة في اللغة
بيع المنفعة لسان العرب ٣٢/١ حرف الهمزة كلمة أجر.
الإجارة مشتقة من الأجر وهو العوض، ومنه سمي الثواب أجرا، ونقول أجرته لدار، أي أكريتها مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر الرازى، ص ٦ مادة أجر دار الحديث بالقاهرة ترتيب محمود خاطر – المصباح المنير لأحمد بن محمد الفيومى المقرى ص ٩ مادة أجر المكتبة العصرية –ص يدا بيروت، والإجارة اسم للأجر والأجرة التي تؤخذ عن عمل شخص أو منفعة أرضه أو ملكه.
د/ نصر فريد واصل فقه المعاملات المدنية والتجارية فى الشريعة الإسلامية ص ١٣٢ – الطبعة الرابعة سنة ١٤١٨ سنة١٩٩٧م.
الأجير الخاص:
هو الشخص الذي يستأجر مدة معلومة؛ ليعمل فيها، فإن لم تكن المدة معلومة كانت الإجارة فاسدة. ولكل واحد من الأجير والمستأجر فسخها متى أراد. وفى الإجارة إذا كان الأجير سلم نفسه للمستأجر زمنا ما فليس له في هذا الحال إلا أجر المثل على المدة التي عمل فيها./ والأجير الخاص لا يجوز له أثناء المدة المتعاقد عليها أن يعمل لغير مستأجره. فإن عمل لغيره في المدة نقص من أجرة بقدر عمله.
وهو يستحق الأجرة متى سلم نفسه ولم يمتنع عن العمل الذي استؤجر من أجله. وكذلك يستحق الأجرة كاملة لو فسخ المستأجر الإجارة قبل المدة المتفق عليها في العقد ما لم يكن هناك عزر يقضى الفسخ. كان يعجز الأجير عن العمل أو يمرض مرضا لا يمكنه من القيام به .فإن وجد عذر من عيب أو عجز ففسخ المستأجر الإجارة لم يكن للأجير إلا أجرة المادة التي عمل فيها. ولا تجب على المستأجر الأجرة كاملة. والأجير الخاص، مثل الوكيل في أنه أمين على ما بيده من عمل، فلا يضمن منه ما تلف إلا بالتعدي أو التفريط. فإن فرط أو تعدى ضمن كغيره من الأمناء.
الإجارة عند الفقه القانوني
يعرف المشرع المصري عقد الإيجار في المادة ٥٥٨ من القانون المدنى بأن " الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينه لقاء أجر معلوم ". وبالمثل لا تخرج القوانين الأخرى عن مفهوم المشرع المصري لعقد الإيجار.

اقنع بعض رجال الفقه بمدى توافق عناصر عقد الإيجار مع العلاقة بين الزوجين والمرأة الحاملة لنطفهم

وعقد الإجارة من العقود المسماة الملزمة للجانبين والواردة على الانتفاع بشئ معين أو بعمل معين كما بينا ولذلك قد يقول من غير المتخصصين بأن جميع العقود التي يكون الانتفاع محلها هي نفسها عقد الإجارة، لذلك يقتضى علينا عقد موازنة بين عقد الرحم المستأجر وعقد الإجارة في بعض الخصائص.....هذا ما سنوضحه تباعا إن شاء الله تعالى.

موقف الفقه الفرنسي حول تكييف علاقة التعامل بالأرحام على أحكام عقد إيجار:-

يرى الفقه الفرنسي أن العلاقة العقدية بين الزوجين وصاحبة الرحم المستأجر تندرج تحت مسمى عقد الإيجار حيث أنه يعتقد أن الوصف بهذه الطريقة مقبولا ويمكن أن يكيف هذا العقد علي أنه عقد إيجار contrat de location فيه يستأجر الزوجان رحم الحاملة uterus علي غرار حضانة صناعية couveuse artificielle خلال مدة الحمل وذلك في مقابل أجر تتلقاه الحامل[1].

مما أدى إلى انتشار هذا النوع من العقود من أمريكا إلى فرنسا وفيه يطلب زوجان عقيمان من سيدة أن تحمل gestation في هذا الطفل مقابل عائد تتلقاه أو أن تلك السيدة تلقح صناعيا بمنى الزوج أو تزرع بها بويضة ملقحة في أنبوبة ovule feconde in vitra وتتعهد هذه الحاملة أن تسلم الطفل لهذين الزوجين عند ولادته.

وكما هو واضح من قبل يعد هذا العقد ملزماً للجانبين contrat synallagmatique يلقي بالالتزامات علي عاتق كلا الطرفين في نفس الوقت فكلاهما دائن ومدين.

كما يمكن أن يحلل هذا العقد علي أنه عقد مشروع contrat d'entrprise تتعهد فيه الحامل أن تصنع طفلا s'engage afabriquer un bebe من المواد المقدمة سواء من الزوجين أو من الغير !!

---

(١) sem.jur. 1983 – 3114 la procreation artificielle et le droit francais، Guy Raymond.

ولذلك يقتضى علينا دراسة عقد الإيجار دراسة مستفيضة حتى يتاح لنا مدى إمكانية إدراج هذه العلاقة سالفة الذكر تحت عقد الإيجار وهل تجرى أحكام هذا العقد عليه؟

- أوجه الاختلاف بين شكل التعامل على الرحم وعقد الايجار:

١ - بالرغم من أن عقد الإيجار من العقود البسيطة Contrat simple[1] إلا انه ليس هذا ما يحدث فى بعض الأحيان فى عقد إيجار الرحم لأنه فى اغلب الأحيان يقترن عقد الإيجار بعقد الرضاعة وذلك لمصلحة الطفل وأحيانا تعد الرضاعة من ملحقات عقد الإيجار أو العين المؤجرة

ويتجلى هنا فرق جوهري بين علاقة إيجار الرحم وعقد الإيجار: بما أن عقد الإيجار يندرج في عقود المعاوضة فلا يتصور أن يكون بغير مقابل وإذا خلا هذا العقد من وجود المقابل المادي لتمليك منفعة العين فلا يكون هذا العقد إيجاراً بل ينطبق عليه وصف العارية مثلاً. وفي مقابل ذلك فكما قد يكون انتفاع الزوجين بالرحم المستأجر بمقابل قد يكون كذلك تبرعاً[2].

يضاف إلى ذلك فرقاً آخر بين عقد الإيجار والعقد بين الزوجين والحامل فعقد الإيجار يتحدد الأجر فيه على قدر المنفعة التى ستعود على المستأجر أما بالنسبة العقد بين الزوجين والحامل فالأجر الذي يتحدد لا يتناسب مع المنفعة المرجوة وهى مولد كائن حي مما يقودنا هذا إلى سؤال مهم: -

ما هو حكم الأجر الذي هو عنصر أساس في عقود إستخدام الأرحام؟

وسيجاب علي هذا السؤال من خلال أقوال الفقهاء إن شاء الله تعالى:

رأى السادة الحنفية: قال اللساني: (لا يجوز استئجار الإنسان للبيع والشراء لأن البيع والشراء يتم بواحد بل بالبائع والمشتري فلا يقدر الأجير علي إيفاء المنفعة بنفسه فلا يقدر المستأجر علي الاستيفاء فصار كما لو استأجر رجلاً ليحمل خشبة بنفسه وهو لا يقدر علي حملها بنفسه)[3].

---

(١) التى لا تمتزج بها عقود أخرى فهي عقود تسري عليها أحكام موحدة لا تمتزج بها أي عقود أخرى

(٢) د/ عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة، ص ١١٨.

(٣) بدائع الصنائع / ج٤ / ص ١٨٩.- وقال أيضاً: (لا يصح الاستئجار علي المعاصي لأنها استئجار على غير المقدور استيفاؤه شرعاً كاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح، وقال الإمام أبو حنيفة رحمه الله أكره أن يستأجر الرجل امرأة حرة يستخدمها =

٢- ويعد عقد الإيجار من عقود المدة حيث يرتبط تنفيذه بمدة معينة ، فمنفعة الشيء المؤجر لا تمنح للمستأجر إلا إلى أجل معين. هذا بعكس علاقة الرحم المستأجر نرى عدم إمكانية تحديد مدة معينه وذلك يرجع إلى المدة المعروفة للحمل هي تسعة أشهر تقريبا وأحيانا سبعة اشهر وأحيانا ستة اشهر فى ظل التطورات والنوازل الطبية المسحدثة على أن تكمل مدة الحمل فى حضانات صناعية شأنها شأن رحم الأم بالإضافة إلى أنه كيف يكون عقد إيجار الرحم محدد المدة على غرار عقد الإيجار وهناك احتمال لإجهاض الأم الحامل أي صاحبة الرحم فلو فرضنا جدلا أنه محدد المدة هل يعتبر إجهاضها لأي سبب من الأسباب سواء كان يرجع إلى إرادة صاحبة الرحم أو إلى غير أرادتها قبل إتمام المدة المتفق عليها وهى مدة الحمل الطبيعية أخلالا بالعقد المبرم؟ نرى أن هذا العقد احتمالي أي أنه هناك عنصر احتمالية النتيجة ولا يضمن عواقبة لاحتمال توافر عنصر المفاجئة فيه شأنه شأن حمل الأم الطبيعية وهذا ما جعلنا نؤيد أن الالتزام الناشيء هو إلتزام ببذل عناية وليس بنتيجة.

٣- نرى أن خاصية عدم الاعتداد بشخصية المستأجر من أهم أوجه الاختلاف بين عقد الإيجار وعلاقة الرحم المستأجر لأنه ليس من المعقول أن تؤجر صاحبة الرحم رحمها من الباطن أي دون علم أطراف العلاقة بالإضافة إلى أنه يستحيل تنفيذ المادة رقم ٦٠١ مدني[١] وكذلك المادة ٦٠٢ مدني لأن فى حالة وفاة صاحبة الرحم المستأجر ينتهى أو ينعدم محل الإيجار

وتطبيقا على ذلك إذا توفيت صاحبة الرحم أثناء الولادة بعد إبرمها عقداً مع الزوجين أصحاب النطف مع نزول المولود حيا هل يحق للزوجين استرداد الطفل من ورثتها باعتبار أن الطفل ابنا لها بواقعة الولادة طبقا للشريعة الإسلامية أم بموجب العقد المبرم بينهم يستحقا تسليم الطفل إلى الورثة؟

=

ويخلو بها وكذلك الأمة وهو قول أبي يوسف ومحمد أما الخلوة فلان الخلوة بالمرأة الأجنبية معصية وأما الاستخدام فلأنه لا يؤمن معه الإطلاع عليها والوقوع في المعصية).

(١) تنص المادة ٦٠١ مدنى تقض بان " لا ينته الإيجار بموت المستأجر "

- وتقضى المادة ٦٠٢ مدنى بانه " إذا لم يعقد الإيجار الا بسبب حرفة المستأجر او لاعتبارات اخرى تتعلق بشخصة ثم مات جاز لورثته او للمؤجر ان يطلبوا انهاء العقد

فى حالة وفاة الأبوين البيولوجيين سنرى ما ذهب إليه القضاء الاسترالي رغم عدم تأييدنا إلى ما ذهبت إليه المحكمه، من خلال القضية التالية التى تعد هي الأولي من نوعها وأفاضت وسائل الأعلام في نثر تفاصيلها ومضمونها: أن أحد البنوك المتخصصة في الإخصاب الطبي المساعد وحفظ الأجنة الزائدة قام بإجراء تجربة طفل انأبيب لزوج وزوجته وكانا من الأثرياء، وفشلت التجربة فلم تحمل المرأة، ولكن الأطباء كانوا قد احتفظوا بمجموعة من الأجنة المجمدة علي أساس أنها سيعودان بعد بضعة أشهر لإعادة المحاولة، ولكن الزوجين الثريين قتلا في حادثة طائرة سقطت وتحطمت وليس لهما من وارث، وتحير البنك هل يقوم بتنمية الأجنة التي حصل عليها من هذين الزوجين وزرعهما في رحم متبرعة بحيث تقوي احتمالات نجاح واحدة من هذه المحاولات، فإذا نجحت نسبة الولد إلي أبويه اللذين لقيا حتفها قبل أن تحمله أى رحم وقبل أن تظله وتغذيه أي بطن وقد حكمت المحكمة العليا في استراليا في نوفمبر سنة ١٩٨٤ م بالموافقة.

وجدير بالذكرأن الفقهاء المسلمين يمنعون التعامل في الأشياء التي يمنع القانون التعامل فيها لنفس الأسباب تقريباً إلا أن القانون وأن اشترط أن يكون الشئ داخلاً في دائرة التعامل. وقياسا على إباحة القانون لمزاولى تجارة الخمور رغم تحريم الشريعة الإسلامية لها.

هل هذا يعنى إباحة القانون للتعامل على الأرحام بناء على رأى بعض علماء الطب فى عدم انتقال أي مورثات من صاحبة الرحم المستأجر إلى الجنين رغم تحريم علماء الفقه لهذه العملية قياسا على بيع الخمر فى الأماكن العامة أم سيجرمها بناء على حكم الشرع؟

ولكن هناك فرق بين وجهة نظر الفقه الإسلامي لمضمون هذا الشرط وبين وجهة نظر القانون له فالقانون يبيح بيع الخمر ويقضي بصحة التعامل فيه كما يبيح التعامل في بيع الخنازير وآلات اللهو مع أن كل هذه الأشياء محرمة والتعامل فيها باطلاً عند جمهور الفقهاء المسلمين. فقد قال الله سبحانه وتعالي في كتابه الكريم: [حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ][1].

---

(١) سورة المائدة – آية ٣.

وقال أيضاً : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾[1] هذا بالإضافة إلى أن دائرة حق الله تعالى أوسع بكثير من دائرة النظام العام والآداب التي يقرر القانون العام مخالفتها وذلك لاتصال التشريع الإسلامي الوثيق بالعقيدة والأخلاق.

وتطبيقا على ما سبق أتضح عدم قبول فكرة الرحم المستأجر وتمكين الزوجين من الانتفاع بالعين محل عقد الإيجار فذلك التمكين لا يمكن بلوغه بأي شكل كان لكون الانتفاع هنا يتمثل في استغلال رحم المرأة المستأجرة بوضع نطفة أمشاج الزوجين فيه وطالما أن رحم المرأة هو جزءاً من جسدها فإنه لا يمكن أن يندرج في مفهوم الأشياء كما سبق وأن ذكرنا لأن الأشياء هي ما يجوز تداولها بين الأغيار علي سبيل تملك الأعيان والمنافع.

- رغم أن محل عقد الإيجارهو الانتفاع بالعين المؤجرة خلال فترة زمنية معينة هي فترة الحمل. إلا أنه لن يتحقق إلا بتسليم العين محل الانتفاع إلى المستأجر فإذاً ما طبق ذلك علي العقد الوارد بين الحامل والزوجين تبين أن العقد باطل لعدم مشروعية محل العقد ولعدم إمكانية تسليمه وكذلك بطلان محل الالتزام بناء علي هذا التصور الذي يتمثل فى إلتزام صاحبة الرحم المستخدم بتسليم الطفل بعد إتمام الولادة إلى الأبوين البيولوجيين بموجب العقد الذي تم بينهم يكون باطلا.

كما نرى أن جميع وجهات النظر السابقة اعتبرت أن المحل فى هذه العملية هو الرحم المستخدم ولكننا نرى أن جميع أعضاء جسد صاحبة الرحم اشتركت فى إتمام حمل هذه المرأة كل عضو جسدي شأنه شأن الرحم ولا تقل وظيفته عن دور الرحم وهذه العملية قد تترك وتخلد ذكرى علي جسم المرأة ذاته من الناحية النفسية والجسدية وقد يعرضها هذا الانتفاع إلى الموت ، فكيف يفسر عقد الإجارة مسألة تنازلها عن الولد الذي حملته تسعة أشهر وعانت من الآلام وحيث تولدت رابطة عاطفية بينها وبين المولود. بالإضافة إلى أثار الحمل الظاهرة علي جسمها الأمر الذي لم نشهده في عقود الإجارة ولهذا أرى أن فكرة أن نقول

---

(١) سورة المائدة الآية ٩٠

الرحم المستأجر فكرة خاطئة ولكن يجب أن نقول الجسد المستخدم فى التعامل وليس الرحم وبالتالي يكون محل الإيجار هنا هو الجسد وليس الرحم فقط كما يدعى البعض.

- وعلى الصعيد الآخر نرى أنه بعد البدأ فى إجراء عملية الاستعانه برحم الغير يبدأ عنصر الأرادة يقل لدى أطراف العلاقة وهذا يرجع إلى صعوبة تحقيق إبطالة بعد انعقاد[1] خاصة بعد البدء في تنفيذه – لعيب أصاب رضا أحد الطرفين مثلا لأن تنفيذ العقد يبدأ باستدخال النطفة الأمشاج للزوجين في رحم المرأة التي قبلت بتأجير رحمها لهذه النطف، وإبطال العقد والحال كذلك يؤدي إلى آثار غير مرغوب فيها تتعلق بحمل الجنين ووضعية طفل.

ومما لا شك فيه تعتبر هذه الحالة من الحالات الباطلة في الفقه الإسلامي فالرسول ﷺ قد نهى عن بيع الثمار قبل بدء صلاحها ويقاس عليها البطلان بيع الأشياء تحت التصنيع لاشتراكها في علة واحدة وهي بيع المعدوم.

فإذاً كان فبيع نتاج الحيوان قبل الولادة لا ينعقد وكذا بيع الثمار قبل ظهورها لا ينعقد أيضاً.فما بالك ببيع نتاج الإنسان من خلال استئجار الأرحام.

ركن السبب لعقد لإستخدام الرحم عند الفقه القانوني:

لا شك فى أن ركن السبب في القانون المدنى يظفر بنصيب وافر من البحث تتجلى أهميته في تناول لنظرية الالتزام ومع ذلك فإن تحديد طبيعة السبب وكشف دوره في العقد أو في الالتزام مازال محلاً للخلاف والمناقشة بين مختلف الآراء والنظريات علي إننا نشير إلى أن البحث في نظرية السبب يستدعى منا عرض موجز ومختصر للنظرية التقليدية والحديثة[2].

---

(١) د/ عبد الحميد عثمان محمد – أحكام الأم البديلة – فقرة ١٠١ ص١٢٥

(٢) الأمر الذي يجعله عرضة لرفض الأم التي ولدته تسليمه لأبويه الوارثين وتنقلب الآية حينما يرفض استلامه أبويه البيولوجيين.

السبب في عقد الرحم المتعامل عليه كما ذهب بعض من الفقه المصري أن السبب القصدي في عقد الاحتنان بالنسبة للمستجن لهما هو الحصول علي التزام الأم البديلة بالحمل لحسابها جنيناً ناشئا عن نطفتيهما الأمشاج بالنسبة للأم البديلة هو الحصول علي التزام المستجن لهما بالوفاء بمقابل ذلك أو إسداء خدمة لهما.وهناك راى اخرى يعترض علي نطاق فكرة السبب الدافع الي التعاقد كما صورها الرأي الأول السبب الذي دفع الوالدين الي استنجاب طفل بطريق الحمل البديل ليس هو الحصول علي =

ولعدم الاطالة كي نصل إلى تحديد طبيعة السبب وبيان دوره في التصرف القانوني لعقود التعامل على الأرحام وكذلك لبيان معرفة وضع أفراد العلاقة بمعنى هل ستصبح صاحبة الرحم المستأجر مدين لوجوب إلتزام عليها بموجب عقد الإيجار؟ باعتبارها متحملة العبء الكبير فى هذه العلاقة.

وخلاصة القول نرى تطابق فكرة السبب عند الرومان على عقود استخدام الأرحام وإن صح التعبير- عقد استخدام الأرحام - ومن ثم، بالرغم من عدم مشروعية السبب (العقد) إلا أن صحة العقد مستقلة تماما عن سببه وبالتالي فالمرأة صاحبة الرحم المستأجر ملزمة بمجرد إتمام العقد رغم عدم مشروعية محله.

- يجب أن يكون سبب العقد موجودا وصحيحاً ومشروعاً وإلا كان العقد باطلاً:

وتطبيقا على ذلك فى العملية محل بحثنا سبب إلتزام المرأة صاحبة الرحم هو تسليم الطفل إلى أبويه البيولوجيين وهذا ما التزمت به هذا بخلاف السبب فى العقد وهو تسخير رحمها لإنجاب الطفل.

- مشروعية سبب الالتزام[1] وبالمثل السبب فى تأجير المرأة وتسخير رحمها لحمل غيرها هو لاحتياجها على الأجر أو المقابل المادي وكذلك السبب

=

المولود ونسبته الي غير امه الحقيقية وإنما يتمثل السبب الدافع لهما لإبرام هذا العقد أي الرغبة في الحصول علي الولد دون أن يقصد أن ينسباه إلى غير أمه وذلك يرجع للاعتقاد الكامن لدى أمه البيولوجية بكونها الأم الحقيقية له وتصوير السبب بالشكل الذي أورده هذا الرأي

كما يرى اصحاب هذا الراى ان النية الموجودة لدى العاقدين ويوسع من نطاق الباعث الدافع بهما الي التعاقد فالأم الوراثية لا تقصد مطلقاً أن تعدل من الحالة المدنية للطفل بل إنها لا تبتغي من وراء هذا العمل إلا الحصول علي الولد كباعث رئيسي قد دفعها هي وزوجها الي عقد الحمل البديل.

وبالنسبة للرأي الثاني الذي يرى بأن السبب في عقد الاجتنان هو الحصول علي التزام البديلة بالحمل لحسابهما جنينا ناشئا عن نطفتيهما الإمشاج فهذا الرأي قد خلط بين سبب العقد وبين محل التزام الحامل البديلة فيه حيث أن الدافع الرئيسي للتعاقد معها يتجسد ليس في تسخير طاقاتها التناسلية لحمل نطفة إمشاج كما ذهب هذا الرأي وإنما يتمثل السبب الحقيقي في الرغبة الملحة للحصول علي ولد وما تسخير طاقات المرأة التناسلية في كافة أطوار الحمل وإلى حين الوضع إلا مجرد أحد التزاماتها الرئيسية الناشئة عن إبرام عقد الحمل البديل.

(١) ويشترط لصحة العقد أن يكون الغرض الشخصي للمتعاقدين أو سبب العقد مشروعا طبقا للمادة (م١٣٦ مدني) السابق ذكرها غير أن الغرض الشخصي أو سبب العقد قد

=

فى رغبة الزوجين فى استئجارهذا الرحم هو الانتفاع به كي يثمر عن هذا الانتفاع المولود

فالمرأة صاحبة الرحم التزمت بعقد تأجير رحمها مقابل المال أو حتى تبرعاً منها لمساعدة المرأة صاحبة البييضة وسبب إلتزام صاحبة البييضة بدفع مبلغ من المال هو سبب غير مشروع إذ هي تهدف إلى نسبة الطفل إليها علي غير الحقيقة بمعنى أن السبب هو الحصول علي المولود ونسبته إلى غير أمه الحقيقية فهو دون شك سبب غير مشروع.

رأى الباحثه:

ويتطبيق ركن السبب فى عقد الإيجارعلى عملية الرحم المستخدم, من المعلوم أن سبب العقد هو الباعث الدافع الذي حمل أطراف العلاقة علي التعاقد إذ لولاه لما أبرم العقد.

ولقد ذهب بعض الفقهاء المصريين إلى أن عقد تأجير الأرحام يبطل لعدم مشروعية السبب بالرغم من أن محل الالتزام في ذاته مشروع حيث يتمثل السبب في عقد الحمل المستأجر عند هذا الاتجاه في الحصول علي المولود ونسبته إلى غير أمه الحقيقية فهو دون شك سبب غير مشروع لأن أحكام النسب تتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الإنفاق علي تعديل أحكامها ونسبة المولود لغير أمه الحقيقة وهي الأم التي حملت فيه[1].

كما ذهب بعض الآخر إلى أن السبب القصدي في العقد هو الحصول علي إلتزام الأم صاحبة الرحم بحمل جنيناً ناشئاً عن نطفتيهما الأمشاج.

=

يكون مشروعا وقد يكون غير مشروع ويكون مشروعا إذا لم يكن مخالفا لنص من نصوص القانون الإمرة أو للنظام العام والأدب بصفة عام.. فعقد الإجارة مثلا يلتزم المؤجر فيه بتسليم العين المؤجرة ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها وهذان الالتزامات المتقابلان موجودان ومشروعان ولكن إذا أتضح أن المستأجر يستخدم هذه العين المؤجرة في الدعارة أو القمار وهذا الباعث كان موجودا عند ابرمه لعقد الإجارة فإننا لن نستطيع إبطال هذا العقد إلا إذا اعتددنا بالباعث أي سبب العقد, لأن كل إلتزام لابد أن يكون له سبب فمثلا في عقد الإيجار إلتزام المؤجر بنقل منفعة الشيء المؤجر سببه الرغبة في الحصول علي الأجر من المستأجر والتزام المستأجر بدفع القيمة الإيجارية سببه الرغبة في الحصول علي منفعة العين من المؤجر.

(١) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٤١٤، ٤١٥.

بالنسبة للام المستأجرة هو الحصول علي إلتزام الأبوين البيولوجيين بالوفاء بمقابل ذلك أو إسداء خدمة لهما[١]. ويؤخذ على أصحاب الفريق الأول حول نطاق فكرة السبب الدافع إلى التعاقد الذي دفع أصحاب النطف إلى الحصول على طفل بطريق الحمل المستأجر ليس هو الحصول علي المولود ونسبته إلى غير أمه البيولوجية وإنما يتمثل السبب الدافع لهما لإبرام هذا العقد – كما يؤكد بعض الفقه أن[٢] الرغبة في الحصول علي الولد تنشأ دون القصد فى أن ينسباه إلى غير أمه وذلك يرجع للاعتقاد الكامن لدى أمه البيولوجية بكونها الأم الحقيقية له وتصوير السبب بالشكل الذي أورده هذا الرأي كما يرون ونحن نؤيدهم الرأي أن أصحاب الرأي الثاني قد خلط بين سبب العقد وبين محل إلتزام الحامل المستأجرة فيه حيث أن الدافع الرئيسي للتعاقد معها يتجسد ليس في تسخير طاقاتها التناسلية لحمل نطفة أمشاج كما ذهب هذا الرأي وإنما يتمثل السبب الحقيقي في الرغبة الملحة للحصول علي ولد وما تسخير طاقات المرأة التناسلية في كافة أطوار الحمل والي حين الوضع إلا مجرد أحد التزاماتها الرئيسة الناشئة عن إبرام عقد الحمل المستأجر.

وإتماما للفائدة المرجوة يعتبر السبب الدافع إلى تعاقد الزوجين مع صاحب الرحم المستخدم هو الرغبة في الحصول علي الولد وهي رغبة في حد ذاتها مشروعة وإنما الذي يبطل التعاقد هو عدم مشروعية محل إلتزام.

ويترتب على عدم مشروعية سبب العقد: مما لا شك فيه أن شرعية السبب تتوقف على وجوب مطابقة العقود للقانون ويكون السبب هنا بمعني الباعث للدافع وهو خلاف الغرض الأساسي وهو السبب المجرد.

ويجب ألا يكون هناك خلط بالنسبة للبطلان بين السبب غير المشروع والمحل غير المشروع (كتأجير رحم بشرى) خصوصا عندما يكون سبب البطلان وهو الإخلال بالنظام العام[٣].

---

(١) د/ عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص ١٢٦.
(٢) د/ طارق عبد الله محمد أبو حوة – الانعكاسات القانونية للانجاب الصناعى – رسالة لنيل الدكتوراة – جامعة المنصورة – ٢٠٠٥
(٣) فالبطلان في حالة المحل غير مشروع يكون لسبب داخل العقد وفي الحالة الأخرى يكون لسبب خارج العقد. وعدم مشروعية الغرض الشخصي أو سبب العقد علي النحو المتقدم يترتب عليه العقد ذاته لذلك فرغم توافر التراضي في العقد إلا أن القانون يهدر =

ولكن هذه القاعدة ليست في الواقع مطلقة فقد عرضنا من قبل لحالات التصرف المجرد مثال فمثلا عند شراء محصول العنب من التاجر فهناك من ينوى شراءه لأكله وهناك من ينوى شراؤه لصناعة الخمور فعقد المبرم بين المشترى والتاجرالبائع صحيح رغم عدم مشروعية السبب ورأى نا أن تخلف الغرض الموضوعي المجرد من الالتزامات الناشئة عن هذا النوع من التصرف لا يؤثر في صحة العقد وهذه الحالات الناشئة عن هذا النوع من التصرف لا يؤثر في صحة العقد وهذه الحالات ذاتها يتجرد فيها التصرف عن الأغراض الشخصية أو عن سبب وأخيرا تعد هذه النظرية أقرب إلى الفقه اللاتيني لأن السبب في هذه النظرية هو الباعث الدافع إلى التعاقد وأنه يعتد به سواء نص عليه في العقد أم لم ينص عليه فيه طالما ظهر هذا الباعث أو قامت الأدلة والقرائن علي وجوده والسبب المباشر في عقد إجارة الأرحام بالنسبة للمرآة التي قبلت شغل رحمها بحمل لحساب الغير هو حصولها على الأجر من الزوجين صاحبا النطفة الأمشاج، وفى المقابل إلتزام صاحبة الرحم بالحمل لحسابيهما عن طريق نطفتي الأمشاج[1].

المطلب السادس

التعامل على الرحم والوديعة

ـ أوجه التشابه والأختلاف بين عقد الرحم المستخدم وعقد الوديعة:

يرى بعض من الفقه القانوني كما نرى نحن أن عقد الوديعة من أقرب العقود المدنية إلى عقد تأجير الأرحام.

=

قيمته القانونية وعلي هذا النحو الذي يكون سببه أوالغرض الشخصي لأحد المتعاقدين فيه غير مشروع يكون عقدا باطلا (١٣٦ مدني)

(١) د. عبد الحميد عثمان محمد – المرجع السابق - فقرة ١٠٣ ص ١٢٦ ولقد نصت المادة ١٣٦ من القانون المدني على أنه إذا لم يكن الألتزام سبب، أو كان سببه مخالف لنظام العام أو الأداب العامة كان العقد باطلا، كما تعرضت المادة ١١٠٨ من القانون المدني الفرنسي لفكرة السبب حين أشترطت أن يكون لكل إلتزام سبب مشروع.
لأستزادة حول السبب ومفهومه يراجع د. سهير منتصر و د. حمدي عبد الرحمن – النظرية العامة للألتزامات – المصادر الأرادية وغير الأرادية ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ص٤٣٢ : ٤١٤ وما بعدها

عقد الرحم المستخدم وعقد الوديعة يقعان علي عمل معين يرتبط ببذل جهد جسدي تجاه حفظ شئ معين مودع لدي العاقد الآخر أما بالنسبة إلى كون كل منهما رضائي وقد يكون كل منهما ملزماً لجانب واحد إذا لم يكن بأجر أو ملزماً للجانبين إذا كان بأجر وكذلك قد يكون تبرعاً وقد يكون معاوضة كما أن شخص المودع لديه محل اعتبار في العقد والغرض من عقد الوديعة حفظ الشئ المودع ورد عينه في نهاية العقد أن كانت باقية.

الوديعة تقع علي شئ يستودعه المودع لدى المودع لديه فترة من الزمان، علي أن يلتزم المودع لديه بحفظ هذا الشئ ورده عيناً[1].

لكنهما يفترقان في محل كل منهما لأن محل العقد يكون شيئاً أما هنا فمحل عقد الوديعة يرد علي كائن حي لا يدخل في مفهوم الأشياء مما يجعل العقد باطلاً كذلك فإن المودع لديه في عقد الوديعة ملتزم برد عين الشئ المودع في نهاية العقد في حين أن الأم صاحبة الرحم المستخدم تلتزم بتسليم المولود إلى المتعاقدين معها في نهاية العقد وهذا ليس عين الشئ المودع ابتدءا والذي كان نطفة أمشاج وأصبح في نهاية العقد إنسانا متكاملاً مع ملاحظة أنه إذا كان الشئ المودع مما يثم حيواناً له نتاج فإنه يلزم برد هذا الناتج عيناً إلا إذا خشي عليه التلف فإنه يرد الثمن.

ويسأل بعض من الفقه: كيف يفسر إلتزام الحامل بالرد عيناً لبيضة مخصبة بل لطفل كامل النمو؟ أيمكن أن يعادل الطفل المكتمل هذا ثمار الشئ أو نتاج الحيوان[2]؟

فنطفة الزوجين الملقحة لا يمكن اعتبارها من الأشياء في المفهوم القانوني بحسب ما تتمتع به من حياة لها طبيعتها الخاصة.

---

(١) انظر في أحكام عقد الوديعة عموماً: د/ عبد الرازق السنهوري، الوسيط الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص ٥ وما بعدها (بدون تاريخ طبع).

(٢) النظام القانوني للانجاب الصناعي ص ٥٤١ للدكتور رضا عبد الحليم، نشر النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م.

كما أن من أحكام عقد الوديعة حفظ الشئ المودع مع الالتزام برده عيناً عند الطلب والرحم المستخدم يخالف كل ما سبق من أحكام لأن صاحبة الرحم المستأجر لا تقوم بمهمة المودع في حفظ الشئ كما أنها لا تستطيع أن ترده عينا. ويرجع ذلك إلى أن الغرض من تأجير الرحم هو رغبة الزوجين فى نمو نطفة أمشاج خصتهم حتى تكتمل رحلتها وتصبح جنينا متكاملا وليس مجرد حفظها مما لا يعقل معه القول بحفظ البويضة في الرحم كما يستحيل معه القول بإلقاء إلتزام علي الحامل بتسليم البويضة بعينها دون أن يلحقها التغيير. إذا نحن هنا أمام عملية تصنيع والتزام ببذل جهد وليس أمام حفظ شيء مودع تحت الطلب على سبيل الأمانة برغم من قلة أوجه المقارنة بين العقدين إلا أنه لا تزال توجد فروق جوهرية بينهما تمنع من تطبيق أحكام عقد الوديعة علي أحكام علاقة عملية الرحم المستخدم، لذا فإن أحكام عقد الوديعة وطبيعته لا تنطبق علي العلاقة بين الزوجين وصاحب الرحم البديل، مما أستدعي البحث عن عقد آخر ينطبق معه فى أحكامه.

المطلب السابع

التعامل على الرحم والعارية

أوجه التشابه والاختلاف بين التعامل على الرحم وعارية الاستعمال:

وانطلاقا مما سبق تتجلى لنا أوجه التشابه والاختلاف بين إعارة الرحم وإعارة غيره من الأشياء. وعلي ذلك ذهب البعض[1] إلى أن العقد بين صاحبة الرحم المستأجرو الأبوين البيولوجيين يشترك مع عقد العارية في كثير من الخصائص، ولا سيما إذا كان بدون مقابل، ومن خلال شروط العارية فى الشريعة الإسلامية وتطابقها مع عقد الرحم المستخدم كأن تكون العين منتفعاً بها مع بقائها أي كلاهما يرد على منفعة الشيء دون ملكيته إلا أنهما يفترقان في المحل الذي يرد على كل منهما، فعقد العارية لا يرد إلا علي منفعة الشيء المستعار. أما محل العقد بين الزوجين وصاحبة الرحم المستأجر ما هو إلا تسخير لرحمها طوال فترة الحمل بالإضافة إلى أنه ليس من الأشياء حتى يتم إعادته، كما أن إعارة

(١) د/ عبد الحميد عثمان. روح القوانين ص١١٩

الرحم يتصور أن تكون بعوض مادي تتلقاه صاحبة الرحم المستأجر فكما قد يكون الانتفاع بالرحم بمقابل أو بعوض قد يكون كذلك تبرعاً[1] فضلا عن استحالة تسليم الرحم للانتفاع به منفصلا عن الجسد وإعادته في نهاية المدة كما سبق وأن بينا من قبل.

تجدر الإشارة هنا أن الشئ المستعار يجب تسليمه للمستعير كما يجب أن تكون الإعارة بلا عوض وفي نهاية مدة الإعارة رد الشئ المعار بعد استعماله كما هو[2]. فهنا قد استبان لنا التناقض الكبير بين عقد الرحم المستأجر وعارية الاستعمال :

فالرحم ليس من الأشياء حتى يتم إعادته, كما أن إعارة الرحم يتصور أن تكون بعوض مادي تتلقاه الحامل وقد يأخذ الشكل التبرعي, كذلك فضلاً عن استحالة فصل الرحم عن الجسد كي يتم تسليمه بشكل مادي كما في الشئ المعار. لأن عارية الاستعمال تتطلب فى طبيعة الشيء المعار إمكانية الاستلام والتسلم وهذا غير معقول فى عضو الرحم لأن الرحم لا ينتقل من مكانه إلى المستأجر أي لا يمكن انتزاعه من الجسد وتسليمه إلى المستعير مثلا بالإضافة إلى أنه عدم إمكانية رد الشئ المعار الي المستعير بعد استعماله كما هو فى عضو الرحم لأن بعد إتمام عملية الإنجاب هناك بعض التغيرات الفسيولوجية قد تطرأ على عضو الرحم بعد إتمام الولادة وإفراغ الجنين من الرحم, وأحيانا قد يتسبب الحمل بهذه الوسيلة إضرارا للرحم تحجبه عن تكرار هذه العمليه التى هي حق طبيعي لصاحبة هذا الرحم.

ولسنا بحاجة إلى التنويه عن الفروق البارزة بين عقد الرحم المستخدم لحساب الغير وعقد العارية لوضوحها مما يؤكد لنا عدم تطابق عقد الرحم المستخدم لحساب الغير على أحكام عقد إعارة الأشياء مما يستوجب علينا البحث فى عقد أخر.

---

(١) د/ عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص ١١٨.
(٢) انظر عموما في عقد عارية الأستعمال: د/ عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، الجزء السادس، ص ٤ وما بعدها وانظر في الفروق.

المطلب الثامن

التعامل على الرحم والوكالة

بالرأي المؤيد لعملية الرحم المستأجر[1] وإن صح التعبير الرحم المستخدم لحساب الغير " أن طبيعة العقد بين الزوجين وصاحبة الرحم الذى يتم التعامل عليه هو عقد وكالة، والذي عرفتة المادة ٦٩٩ من القانون المدنى بقولها: - "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل"[2]. من نص المادة السابقة نستنج أن:

---

(١) آراء في التلقيح الصناعي ص ٤٦٩ للشيخ علي طنطاوي منشور في بحث ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام والتي أقامتها منظمة الطب الإسلامي بالكويت المنعقدة في ١١ شعبان سنة ١٤٠٣ هـ - ٢٤ مايو سنة ١٩٨٣م – طبعة ثانية سنة ١٩٩١م.

(٢) د/ عبد الرشيد مامون. عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ص٩٧ وما بعدها طبعة دار النهضة العربية، محمد عرفة القانون المدني ص١٧٣

ولقد تأثر هؤلاء بما كان علية الحال عند الرومان حيث كان المجتمع يقسم إلى ثلاث طبقات :

- طبقة المواطنين الرومان. – طبقة العتقاء. – طبقة العبيد.

فالمواطنون الرومان فقط هم الذين كانوا يعتبرون من النبلاء والأشراف، وبالتالي هم الذين يتولون المهن الحرة والشريفة التى لا تقبل أن تقوم بالنقود كالطب والمحاماة، أما الأعمال اليدوية التي تقوم بالنقود كانت تترك للعتقاء والعبيد الذين كانوا يعتبرون من الرعاع وأصحاب الحرف اليدوية، وتظهر فكرة الوكالة عندهم كوظيفة تقوم علي الصداقة – أي الرغبة في تقديم خدمة.

فهى عقد ينشأعندما يقوم شخص يسمى الأصيل بتكليف شخص آخر بأن يقوم بعمل مجانىى لمصلحته، وقد يكون محل ذلك العقد شيئا ماديا، وقد يكون تصرفا قانونيا.

ولكن هذة الفكرة وهي الحاق عقد العلباج بعقد الوكالة لم تسلمك من النقد، حيث وجة إليها: -

أنها نشأت في مجتمع يحتقر العمل اليدوى ويمجد الأعمال الفكرية والذهنية، وهذه الأمور لا محل لها الآن في الوقت الحاضر للمسأواة القائمة بين جميع الأعمال، وايضا فإن الطبيعة القانونية لعقد الوكالة في القانون المدني المصري وكذلك الفرنسي، والتى قصرت الوكالة علي الأعمال القانونية تختلف عن عمل الطبيب، لانة يقوم بعمل مادي ’فمحل عمل الطبيب يختلف عن محل عقد الوكالة وايضا فإن عقد الوكالة مجانى بطبيعته، خلافا لعقد المادة ٧٠٤ منة بقولة :

١. إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب علي الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التى يبذلها في أعمالة الخاصة، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

٢. إذا كانت بأجر وجب علي الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد.

=

- عقد الوكالة محله تصرف قانوني يقوم به الوكيل لحساب الأصيل أما في العلاقة بين الزوجين والحامل، فإن التصرف هنا محله جسم الإنسان فهو عمل مادي وليس قانوني كما أن عقد الوكالة مجاني أصلا، خلافا لعقد تأجير الأرحام فهو عقد أما تبرعاً أو بمقابل.

- عدم مشروعية محل العقد فى عملية تأجير الأرحام" وإن صح التعبير الرحم المستخدم لحساب الغير" علي نحو ما أتضح من خلال عرضنا لآراء العلماء في مشروعيته. لذلك لا يمكن التسليم بإمكانية تكييف وخضوع عقد الرحم المستأجر على أحكام عقد الوكالة.

المطلب التاسع

علاقة إستخدام الرحم عقد من نوع خاص

هل هو عقد غير مسمى من نوع خاص؟

نظرا للتطور الحديث في مجال الإخصاب الصناعي الذي اندرج وانبثق منه عمليات التعامل على الأرحام والتى هى محور هذا الكتاب فقد أصبح لهذه العمليات ذاتية خاص رغم عدم مشروعيتها إلا أن فكرة إخضاع النطفة الإنسانية للتطور كي تصبح جنيناً في رحم غير الأم الجينية ويكون المسئول عن هذا الإخضاع والتطور الأطباء وبالتالي ليست هذه الطريقة الفطرية أي التزاوج ومن ثم لم يكن يتصورها المشرع عند صياغة النصوص ومن ثم يجب أن تنتظم بقواعد خاصة.

ويرجع السبب فى تأخر القانون بوضع تقنين تنظيمي للتعامل على الأرحام أنه لم يكن من المتصور حدوثها وقت وضع التقنين الحالي، لأنها من نتاج المستحدثات الطبية الحديثة في مجال بيولوجي الإنجاب والتي تضفي الجديد في هذا المجال في كل حين، مما يلقي علي عاتق واضعي القانون أعباء إضافية في البحث والتمحيص لاستيعاب هذا الجديد في القوالب القانونية التقليدية والمعروفة

=

فالفقرة الأولى من المادة السابقة تنص علي أن الأصل في الوكالة أن تكون بدون أجر، وأن دفع الأجر وأن كان علي خلاف الأصل إلا انة جائز كما نصت علي ذلك الفقرة الثانية.

ويمكن الاستعانة بالقواعد العامة في ذلك فنحن نعيش فى بلد إسلامى وبالرغم من ذلك تمارس فيها تجارة الخمور رغم عدم مشروعيتها والتى تعتبر محرمة عند الشريعة الإسلامية ولكن وضع القانون نظاما وتقنينا لها ووضع جزاءات قانونية تجرم من يتعدى على هذا التقنين بصورة مهينة وترك الخيار على من يتداولها بشرط عدم تجاوز النظام القانوني الذي وضعه القانون ويرجع السبب فى ذلك أن المشرع لم يخلط بين السبب القصدي أي سبب الالتزام وسبب العقد أي السبب الدافع إلى تعاقد الزوجين مع صاحبة الرحم المستخدم هو الرغبة في الحصول علي الطفل وهي رغبة في حد ذاتها مشروعة وإنما الذي يبطل التعاقد هو عدم مشروعية محل إلتزام صاحبة الرحم بتسليم الطفل عقب ولادته لأبويه البيولوجيين.

وتجدر الإشارة هنا إلى تقارب أحكام عقد الإيجار من عقد الرحم المستخدم ، الأمر الذي أدى إلى الاستفادة من الوضع القانوني لعقد الإجارة والجهالة خاصة فيما يتعلق بالإحكام الخاصة بالتضمين في الفقة الإسلامي والتي يعبر عنها في القانون المدني بالتعويض وتكون صاحبة الرحم المستخدم مسئولة مسئولية عقدية لا عن فعلها الشخصي فحسب بل عن فعل رحمها (نتاجه من أطفال) ولو أن مسئوليتها تكون في الواقع محققة.

هذا لو سلمنا بوجهة النظر التى ترى أن المرأة مجرد وعاء, وأنه لا يوجد مانع من تأجير رحمها لأن الرحم في جسدها أي تحت حراستها وهى مسئولة عنه, ومن أجل ذلك يعتبر فعلها شخصياً للمتعاقد ولما كان(وجود نطفة الأمشاج) في حراستها وتحت عنايتها يجعل أي تصرف لها منسوباً إليها فإن فعل أي شئ في هذه الحالة يعتبر فعلاً شخصياً لصاحبة الرحم المستخدم, فتكون مسئولة عن النتيجة الإنجابية التى هي أساس تعاقدها والذي في حراسته مسئولية عن فعلها الشخصي, وبالنسبة لموضوع الالتزام فى عقد إيجار الرحم فى حالة إذا كان بدون عوض أو بعوض تكون صاحبة الرحم المستأجر فيه طرفا اساسى ويكون التزامها هو بذل جهد معين ببذل عناية وتحقيق نتيجة فيكون التنفيذ والنتيجة تحققا.

"وإتماما منا للفائدة المرجوة عما سبق يتضح أنه بالرغم من العلاقة التي تنشأ بين صاحبة الرحم المستخدم والأبوين البيولوجيين يمكن لها أن تأخذ صفة

تعاقدية ذات طبيعة خاصة تميزها عن سائر العقود السابق ذكرها فى صورة عقد غير مسمى يخضع إلى نطاق النظرية العامة للعقود إلا أنه لا يمكن إلحاقها بأي من العقود السابقة وذلك للاختلافات الجوهرية التى سبق وأن أوضحناها وعلى سبيل المثال وليس الحصر عدم استيعاب القوالب العقدية للنطف الآدمية كمحل مشروع لها نظرا لطبيعتها الغير مالية مما يؤدى لعدم مشروعية ركن المحل والسبب القصدي أي سبب الالتزام.

وكذلك اختلافها عن طبيعة وخصائص العقود المسماة سواء أن كانت ملزمة للجانبين مثل بطلان البيع لأنه ما دامت شروط البيع لم تتوافرمن قابلية المحل لحكم العقد وكونه مما لا يباح الأنتفاع به شرعا لعدم إقرار الشرع بماليته. وملزمة لجانب واحد والتي ترد علي الانتفاع بالإضافة إلى الجهد الإنساني وهو وأن كان لا يخرج في مجمله عن قواعد القانون العامة الأمر الذي منحه إستقلالا في الأحكام التي يجب أن تخضع لها كافة المسائل المتعلقة به ابتداء من كيفية انعقاده وصياغة أركانه وانتهاء بترتيب الآثار تتسم بطبيعة خاصة ينتج عنها ميلاد طفل لذلك نوصى المشرع المصري بوضع نصوص قانونية وذلك على غرار تجارة الخمور.. ....باعتبار أن هذا العقد متداول بالفعل بين الأشخاص وعلاجا للآثار المترتبة عليه لأن تركه فى قائمة العقود الغير مسماه سوف يطيح الفرصة لضياع حقوق الأشخاص ذات النفوس الضعيفة لتفاوت مراكز أطراف العقد ما بين قوة وضعف ولأشتراك غير الاطراف فى هذه العملية كالطبيب الذى يساهم فى وضع النطف فى غير مكانها بالنسبة لأصحابها الامر الذى يحتم علينا دراسة طبيعة العلاقة مع الطبيب فى المبحث الثانى وذلك من خلال التعامل على الرحم وعقد العلاج ثم. الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب فى عقد العلاج الطبى فى المطلب الثانى ثم مسئولية الطبيب القائم بالعملية فى المطلب الثالث وأخيرا علاقة الأطراف بالطبيب والمستشفى عقدا من نوع خاص ثم المطلب الرابع إن شاء الله تعالى.

المبحث الثاني
طبيعة العلاقة مع الطبيب

تمهيد وتقسيم:

لقد بات واضحا لنا ما خلفته المستحدثات والنوازل الطبية من الأساليب العلاجية الحديثة التى صاحبتها بعض المخاطر التى لم تكن متوقعة من قبل مما أثرعلى التفاعلات الاجتماعية بين العلاقات وذلك يرجع إلى اعتبار هذه التفاعلات المحرك الرئيسي والمؤشرلأي مجتمع بالإضافة إلى إسهام القانون فى إيجاد تنظيم يحل جميع المشكلات المترتبة على هذه النوازل. وذلك من خلال الدراسات القانونية على الواقع الاجتماعي بسلبياته وإيجابياته وهذا لتلاشى الجمود الفكري والوقوف أمام النظريات العتيقة دون مسايرة كل ما هو مستحدث.

ومن هنا تبرز أهمية دراسة الشكل التعاقدي بين الزوجين والطبيب فى عمليات استخدام الأرحام لحساب الغير اصحابها التى اقترن استعمالها بمخاطر كثيرة بصرف النظر على عدم مشروعية هذه العمليه لأنها من الواقع العملي موجودة وتمارس بالفعل مما يقودنا هذا إلى السؤال التالي - هل يعد الإنفاق بين الطبيب والزوجين فى إجراء عمليات تأجير الأرحام ضمن العقود العلاجية أم أنها تندرج تحت مسمى أيا من العقود المنصوص عليها فى القانون المدنى أم عقد من نوع خاص؟

وانطلاقا مما سبق نجد أن التقدم العلمي الذي يشهده العالم الآن فى طرق الإنجاب الصناعي بجميع أشكاله لم يتبعه تطور موازى أو مماثل فى المجال القانوني الذي ينظم الشكل القانوني بين أطراف العلاقة خاصة فيما يتعلق الالتزام الواقع على مراكز النطف أو الطبيب. وهل هو التزام محدد بنتيجة معينة، ينبغى على الفريق الطبي تحقيقها، وإلا كان مخلا بالتزام ناشئ عن العقد؟ أم هو مجرد إلتزام طبي عام ببذل عناية يقظة، تتفق مع الأصول المستقرة فى علوم الطب؟

ومن ثم ساعد ذلك على بلورة هذه العمليات لكي تكون مجالا خصبا للنزاعات الطبية من خلال لجوء الزوجين إلى الطبيب أو مراكز الإخصاب

الصناعي رغم التنظيم القانوني الذي وضعته بعض الدول المؤيدة لأجراًء تأجير الأرحام.

ومتى لجأ الأشخاص إلى الأطباء بحثا عن الإنجاب بوسيلة استعارة الأرحام البديلة فأنه تنشأ بين الطبيب والزوجين وصاحبة الرحم البديل علاقة تعاقدية أو أى أن كان نوعها هذا سوف ما نتناول أن شاء الله فيما بعد. هذه العلاقة توجب على عاتق كل من طرفيها العديد من الالتزامات التى ينبغى القيام بها، وهذا هو ما أثارالتساؤل عن مدى مشروعية تصرف الشخص فى نطفه الآدمية أوأعضائه التناسلية كالأرحام.

ومما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية الأخرى اهتمت بحماية الإنسان وحفظ نفسه وجسده والدليل على ذلك أنها وضعت عقوبات رادعة وزاجرة لمن تسول نفسه بالمتاجرة على الجسدالإنسانى وعلى أثر هذه الحماية التى وضعت سوف نقوم بدراسة موقف الطبيب القائم فى عمليات تأجير الأرحام تفصيليا أن شاء الله تعالى من خلال طبيعة العقد بين أطراف علاقة تأجير الرحم والطبيب.

المطلب الاول

التعامل على الرحم وعقد العلاج

أولا/ هل يتوافر لعمليات التعامل على الأرحام، ما يبرر إباحتها فيعد من قبيل الاستثناء علي مبدأ حظر المساس بعصمة الجسم من عدمه قياسا على الجراحة التجميلية المترتبة على الحالة النفسية للمريض ومن ثم يكون الهدف من إجراًءها هدفا علاجيا أم لا؟

يرى بعض من الفقهاء أنه لا مانع من إجراء الجراحة التجميلية بشرط إذا أثرت حالة المريض على صحته النفسية ولاشك في أن الاستثناء الوارد علي هذا المبدأ تبدو المصلحة المشروعة فيها واضحة، كما هو الحال في مصلحة العلاج والتداوى التي تبيح المساس بجسم الإنسان، بقصد المحافظة علي الصحة الموجودة، أو رد الصحة المفقودة إتباعا لأمر الشرع بالتداوى، ولتحقيق المصلحة الفردية والاجتماعية علي السواء.

وبالتالي فيكون الهدف من إجراء الجراحة التجميلية علاجيا ومن هنا ظهرت أوجه اختلاف واتفاق فى نفس الوقت مما جعلنا نطرح مدى إمكانية قياس العملية الأخيرة على تأجير الأرحام بالرغم من إننا نرى أن تأثير الضرر النفسي المترتب على إباحة بعض الفقه إلى إجراء عمليات الجراحة التجميلية شبيه بالضرر النفسي المترتب على عدم الإنجاب وبالتالي الاضطرار إلى إجراء عملية تأجير الأرحام فعنصر الإيذاء النفسي متوفر فى الحالتين إلا أنه هل هذا كاف للجوء إلى إجراء مثل هذه العمليات؟ هذا بالنسبة إلى أوجه الإنفاق.

أما وجه الاختلاف عندما أباح بعض الفقهاء عمليات التجميل كان أساس الإباحة أنها من ضمن عقود العلاج الطبي المتوفرة فيه جميع مقومات العقد بين المريض والطبيب من مشروعية وضرورة, ومطابقة لمدلول العمل الطبى الذى نص عليه القانون الفرنسي علي مراحل متعددة، ظهر فيها تطور في تحديد مداولة متدرجه في هذا الصدد من التضييق إلي التوسع، ففي ظل قانون مزاولة مهنة الطب في فرنسا في ٣٠ نوفمبر ١٨٨٢، نجد ان نطاق العمل الطبي قد اقتصر علي الاعمال اللازمة لعلاج المرض فقط، ثم امتد بعد صدور قانون الصحة العامة في ٢٤ سبتمبر ١٩٤٥ والمعدل في ١٥ أكتوبر ١٩٥٣ ليشمل الفحص والتشخيص ايضا، ثم امتد نطاق مدلول العمل الطبي إلي الاعمال المهنية الاخري التي حددها قرار وزير الصحة الفرنسي في ٦ يناير ١٩٦٢، والذي لحقه من التعديلات التي كان اخرها في يوليو ١٩٧٩، مضيفا الي ذلك أعمال الوقاية من المرض, وكذلك تأكيدا لما سبق ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بأنه: (يعد مزاولا لمهنة الطب دون ترخيص كل من يقوم بتشخيص الإمراض) فالتشخيص لا يتم إلا بعد الفحص الكامل لجسم المريض، ويتم الفحص بوسائل مختلف نشأت عن التطور الهائل في العلوم الطبية لذا قضت محكمة النقض في أحكامها الحديثة بمعاقبة من يقوم بإجراء فحوصات طبية أو تحاليل، أو تشخيص أو علاج الأمراض بدون ترخيص بالعقوبة المنصوص عليها في المادة (٣٧٢) من قانون الصحة العامة.

وهذا بخلاف عمليات تأجير الأرحام التى تفتقد من الاصل النظام القانوني لممارسة العمل الطبي لها.

مما أدى الى ظهورأختلافات بين آراء الفقه والقضاء، والتشريعات في ظل الأنظمة القانونية في مجال البحث عن أساس مشروعية تدخل الأطباء أو مراكز التخصيب الصناعي، للقيام بعمليات تأجير الأرحام، ولعل هذا الاختلاف والتباين حول الأساس القانوني لإباحة الأعمال الطبية بصورة عامة يخدمنا فى مدى إمكانية قياس عمليات إستخدام الأرحام البديلة داخل مدار مهام العمل الطبي[1].

- فإستند البعض إلى توافر حالة الضرورة للطبيب في ممارسة هذه الأعمال كأساس لإباحة التعامل على الارحام

- واستند البعض الآخر إلى ضرورة رضاء[2] المريض لممارسة التعامل على الارحام.

---

(١) يؤخذ على العمل الطبى عدم وجود معيار نوعى محدد لمداولة وتحديد هذه المهنة للعمل الطبي الذي يمكنا من الرجوع عليه بمعنى أن مجال العمل الطبي من أكثر المجالات انتشارا وابتكارا كل صباح يوم جديد يصحبه تقريبا اكتشاف أو ابتكار جديد وطبعا غالبا ما يمس الجسد الانسانى فحصر هذا من الصعب جدا والصعوبة هنا تنحصر في أن العلم بهذه الابتكارات يكون للأسف بعد تطبيقها (فى الغالب على دول العالم الثالث) بفترة من الزمن وعندئذ يصعب صدها والحد من ممارستها ونقصد هنا بالمعيار النوعي المحدد أي ما المعيار الذي يحدد ما يمكن تطبيقه على الإنسان أو ما يمكن تطبيقه على الحيوان أي الذي يعطى مواصفات تطبيق العمل الطبي له يعنى، فى البداية كان من المفترض أن موضوعي الأرحام المستأجرة يطبق على الحيوان وللأسف تغلغل حتى وصل إلى الإنسان فى الخفاء

أما عن الدول التى لا تبيح عمليات الإنجاب الصناعي التى تساهم به بنطف الغير لأن ممارسة هذه العمليات يستدعى فريق طبي وليس طبيب واحد تدخل أطباء متخصصين في المعامل . أثناء فترة التخصيب وكذلك أطباء نساء وتوليد لمتابعة الحمل يليها الولادة فأين هنا تطبيق معيار العمل الطبي الذي وضعته نقابة المهن الطبية والذي يمكن الرجوع عليه نعنى أنه لا يكفى وجود لوائح نقابيه تبيح وتحرم ولكن متابعة الحالات التى تمارس فى ظل الأعلام السمعي والمرئي لابد من مواصلتها حتى نصل إلى جذورها ونقطعها أيضا بنفس الطريق التى انتشرت به ونعتقد أن دور نقابة المهن الطبية كبير فى هذا الموضوع حتى أنه وصل الحال إلى وجود نزاع فكرى حول هذه العمليات، لمعرفة هل هي من الأعمال الطبية أم لا؟

(٢) الا اننا نرى ان الرضا على مطلقه لا يصلح ان يكون وحده اساسا لاباحتها، إذ لا يمكن أن يكون الرضا شرطا وأساسا في الوقت ذاته.

ان التعلل على اشتراط توافر الرضا مطلقا ومنفردا دون وجود العناصر الاخرى كأساس لاباحة الأعمال الطبية سوف يفتح الباب امام غير الحاصلين علي ترخيص قانوني لمباشرة الأعمال الطبية بممارسة مهنة الطب استنادا إلى رضاء المرضى ووهذا لا يعقل لن ذلك سوف يعطى الفرصة لغير المتخصصين فى العمل الطبى بممارسته بناء على رضا المريض.

رغم أن رضاء المريض يعد شرطا جوهريا لإباحة الأعمال الطبية، ووضعها موضع التطبيق العملي[1].

إلا إننا نرى أن الرضا على مطلقه لا يصلح أن يكون وحده أساسا لإباحتها، إذ لا يمكن أن يكون الرضا شرطا وأساسا في الوقت ذاته أن التعلل على اشتراط توافر الرضا مطلقا ومنفردا دون وجود العناصر الأخرى كأساس لإباحة الأعمال الطبية سوف يفتح الباب أمام غير الحاصلين علي ترخيص قانوني لمباشرة الأعمال الطبية بممارسة مهنة الطب استنادا إلى رضاء المرضي.

كما يرى البعض[2] أن قيمة رضا الفرد فى حالات المساس بسلامة الجسد وعصمته محدودة لذلك يكاد ينعدم أثر الأرادة فى هذا الشأن لتعلقه بمصلحة المجتمع وبنظامه العام هذا وقد ذهب القانون المصري إلى مادة ٢٦١ – كل من أسقط عمدا امرأة حبلي بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلالتها عليها سواء كان رضائها أم لا يعاقب بالحبس.

مادة ٢٦٢ – المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها.

- كما استند البعض إلى بمجرد انتقاء القصد الجنائي للطبيب يكفى لممارسة التعامل على الارحام.

فى حالة الوفاة أو حدوث أي ضرر لصاحبة الرحم المستأجر من جراء عملية تأجير رحمها فى أي مرحلة من مراحل العملية منذ زرع النطف بداخلها حتى الوضع على أطراف علاقة الرحم المستأجر (الزوجين أصحاب النطف والطبيب القائم بالعملية) باعتبار المسئولين عن الجريمة مع الأخذ فى الاعتبار انتقاء القصد الجنائي لدي الطبيب والزوجين وفى الوقت نفسه رغبة الزوجين فى الإنجاب أي سبب العقد مشروع ولكن محل العقد يعتبر غير مشروع أما بالنسبة إلى الطبيب فمحل عقده والتزامه غير مشروع وعلى هدى ما تقدم.

---

(١) د/ احمد شرف الدين – المرجع السابق ص ٤١.

(٢) د/ انس إبراهيم بشار- تغيير الجنس واثره فى القانون المدنى والفقه الإسلامي- ا المرجع السابق – ص ١٠٩.

ثانيا ـ هل يمكن معاقبة الطبيب وحده باعتباره المسئول والشريك من جراء ما قد يحدث فى هذه العملية؟

ذهب البعض إلى أن أصل إباحة الأعمال الطبية يرجع إلى فكرة انتفاء القصد الجنائي لدي الطبيب عند قيامه بممارسة مهنته الطبية، وتأدية واجبه نحو المرضي[1]، ومن ثم كانت أعماله التي يمارسها علي جسم المرضي مباحة لشرف قصده، ونبل غايته التي تتمثل في إزالة العلة وشفاء الداء، وتخفيف الألم بقدر الأمكان، فما ينتج عن تدخل الطبيب من نتائج ضارة لا يستهدف الطبيب من ورائها الانتقام من المريض، ولا يقصد من ورائها إلحاق الأذى به.

انطلاقا مما سبق هل يمكن تطبيق نص المادة ٤٢ من القانون المصري والتى تنص على " إذا كان فاعل الجريمة غير معاقب لسبب من أسباب الإباحة ولعدم وجود القصد الجنائي أو لأحوال أخرى خاصة به وجبت مع ذلك معاقبة الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانونا ".

نحن لا نسلم بأن انتفاء القصد الجنائي للطبيب يعد الباعث.لإباحة الأعمال الطبية، حيث أن قصد الشفاء الذي يبتغيه الطبيب لا يمكن أن يكون وحده أساسا لإباحة العمل الطبي[2]، ولذلك يرد علي هذا الاتجاه الانتقادات التالية:

١- أنه يؤدي إلى الخلط بين القصد الجنائي والباعث.

٢- كما أنه يؤدي إلى الخلط بين أسباب الأباحة وموانع المسئولية، فرغم التشابه بينهما من حيث الأثر، إلا أن هناك اختلافا يتمثل في كون الأثر المترتب علي أسباب الأباحة ذا طبيعية موضوعية بخلاف الأثر المترتب على موانع العقاب فهو ذو طبيعة شخصية أو ذاتية ولذلك لم تتوقف أسباب الأباحة على العلم بها

٣- أن القصد الجنائي يقوم علي أمرين، أحدهما: العلم بأن الفعل من شأنه المساس بسلامة الجسم والآخر: اتجاه الأرادة إلى الفعل وما يترتب عليه

(١) د/ محمد فائق الجوهرى: المسئولية الطبية فى قانون العقوبات ١٩٥٢ ص ٩٥ - ٩٧ ,د/ عصام احمد محمد – المرجع السابق ص ١١٢: ١١١.

(٢) د/ رياض الخانى – المرجع السابق – ص١٠.

وهما أمران متوافران لدي الطبيب فكيف نسلم بانتفاء القصد الجنائي[1] ولو سلمنا بانتقاء القصد الجنائي كأساس لإباحة الأعمال الطبية، فإنه سيطيح الفرصة لكل من يمس جسم المرأة بغرس نطفة الغير برحمها مقابل المال أو الشهرة بالتذرع بانتقاء قصده الجنائي، وكذلك سيكون هذا مبررا لممارسة الطبيب لعمليات الإجهاض مثلا حتى ولو لم يكن من المرخص لهم بمزاولة مهنة الطب مما يؤدى إلى الإخلال بالنظام القانوني لمهنة الطب[2].

- **وأستند البعض الآخر إلى ضرورة الترخيص القانوني[3] للطبيب لممارسة الأعمال الطبية علي جسم المريض ونضيف من جانبنا بعضا من العناصر القانونية الهامة مثل المشروعية كأساس مختارلإباحة الأعمال الطبية.**

هل يعد الإتفاق بين الطبيب والزوجين فى إجراء التعامل على الأرحام ضمن العقود العلاجية أم أنها تندرج تحت اى مسمى من العقود المنصوص عليها فى القانون المدنى؟

مما لا شك فيه أن هناك علاقة تنشأ بمجرد توجه المريض إلى الطبيب طالباً منه القيام بعلاجه عندئذ تظهر علاقة عقدية مع هذا الطبيب تتمثل في عقد العلاج الطبي.هذا فى حالة تدخل الطبيب لغاية علاج المريض أي لمصلحة مشروعة[4].

---

(١) د/ محمود عبد العزيز الزينى – مسئولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العزرى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى مؤسسة الثقافة الجامعية – ١٩٩١ – ص ١٨٠.

(٢) سميرة عايد الديلت - - المرجع السابق ص ٦١.

(٣) لا نسلم بأن الترخيص القانوني هو أساس إباحة الأعمال الطبية، بل هو شرط من شروط مزاولة المهنة حيث أن رخصة مزاولة مهنة الطبيب لا يمكن أن تكون وحدها أساسا لإباحة العمل الطبي، فلابد من توافر عنصر المشروعية بالإضافة إلى عنصر الصلاحية القانونية أي الترخيص الذي يمنحه القانون للطبيب ليزاول به مهنة الطب. فيعد الترخيص.قيدا وشرطا علي إباحة ممارسة الأعمال الطبية ففي جميع الأنظمة القانونية – ومن بينها مصر وفرنسا – يتم منح مجموعة من الأفراد ذوي الصلاحية المحددة قانونا مكنة مباشرة الأعمال الطبية متي توافرت فيهم الشروط التي يتطلبها القانون للحصول علي الترخيص بمزاولة مهنة الطب.

(٤) ويذهب الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا إلى اعتبار هذا العقد من العقود غير المسماة. ولم يقم المشرع بوضع تنظيم كامل لهذا العقد رغم أهميته وتعاظم شأنه في الواقع العملي ومساسه بالكيان البشري وعصمة جسده الذي توليه النظم القانونية المختلفة مزيدا من العناية والاهتمام. وإزاء هذا القصور التشريعي كان من الضروري اللجوء إلى تطبيق القواعد العامة التي تحكم الاتفاقات الخاصة بالمهن الحرة.

وبناء على ذلك فأن العلاقة العقدية فى عمليات الإنجاب باستئجار الأرحام، تكون مشروعة فى ظل قوانين الدول التى تتيح إجراء هذا النوع من العمليات الجراحية.

وتلقى العلاقة التى تنشأ بين أصحاب الشأن والطبيب، والتى يمكن أن يطلق عليها عقد العلاج أو الاستشفاء، على عاتق طرفيها العديد من الالتزامات المحددة وغير المحددة، التى تختلف طبيعتها تبعاً لتوافر عنصر الاحتمال فيها من عدمه. ويتم الوفاء بهذه الالتزامات طوال مراحل تنفيذ عقد العلاج، باعتباره من العقود الزمنية التى يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها طال أو قصر، تبعاً لحصول الشفاء وتحقق الغاية من إبرام هذا العقد. ومن الطبيعي أن يتم إبرام هذا العقد على مراحل مختلفة؛ فتبدأ بمرحلة ما قبل التعاقد التى تتمثل فى إجراء الفحوصات والتحاليل بالنسبة لصاحبة الرحم المستاجرو نزع النطف وتخصيبها بالنسبة لأصحاب النطف (الزوجين) ومعرفة الحقوق والالتزامات لكل طرف من أطراف العقد بناء على الإتفاق المبرم بينهم ومرحلة التنفيذ أي بعد الغرز المتمثلة فى الحمل ذاته، ثم بمرحلة التسليم أي ما بعد الولادة.

ثالثا: محل عقد العلاج الطبي للتعامل على الرحم ومدى مشروعيته:

هناك سؤال يفرض نفسه، هل يصلح أن يكون التعامل على الرحم محلاً لعقد العلاج الطبي؟ مع الاخذ فى الاعتبار أن الإنسان يتمتع بحرمة وعصمة تتعلق بالنظام العام، بحيث يبطل كل إتفاق ينتهك هذه الحرمة؟

لاشك فى أن قوانين الدول التى تتيح إجراء هذا النوع من عمليات تأجير الأرحام ستكون العلاقة العقدية مشروعة وبالتالي يسلم بكافة الآثار المترتبة عليها، فإنه يجوز أن تكون هذه الأعمال محلاً لعقد علاج طبي[1] بشرط

=

- د/ حسن زكي الأبراشي: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية – ١٩٥١ – ص ٩٩، د/ عبد الرشيد مامون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق – المرجع السابق – ص ١١٦،

Thierry Vansweevelt: La Responsabilite Civile du Medecin et de l'Hopital, 1996, Bruylant, Bruxelles, p. 27

(١) يعد محل العقد عنصراً جوهرياً، لا يتم عقد العلاج بدونه. ويعرف محل العقد بأنه: العملية القانونية التى يريد المتعاقدان تحقيقها عن طريق التراضي. ويختلف محل العقد عن محل.

=

مشروعية محل الالتزام وعلى هذا يكون محل الإلتزام فى عقد العلاج الطبي، هو إلتزام الطبيب ببذل عناية يقظة، تقتضى منه بذل جهود صادقة فى سبيل إتمام هذه العملية، وفى المقابل المالي الذي يلتزم المريض بدفعه للطبيب. ولذلك، كان من الضروري أن يكون محل الإلتزام ممكناً. فينبغي أن يكون إلتزام الطبيب فى عقد العلاج الطبي لتغيير الرحم ممكن وإلا كان العقد باطلاً. ولا يتحقق وصف الأمكان إلا إذا كان الفريق الطبي (متعدد الاختصاصات من أطباء تخصيب ومراكز حفظ النطف وأطباء نساء وتوليد)، قادراً على تحقيق إنجاب الطفل من الرحم المستأجر. فيلتزم الفريق الطبي عندئذ، ببذل عناية يقظة، وتقديم العلاج المناسب لصاحبة الرحم المستأجر، بما يتفق مع أصول مهنة الطب.

أما إذا كان النظام القانوني يحظر إجراء هذه العمليات، ولا يسلم بمشروعية الآثار المترتبة عليها، لعدم تسليمه بالهدف العلاجي فيها، لانعدام الضرورة الطبية أو الدواعي الخلقية، فإنها لا تصلح أن تكون محلاً لعقد العلاج الطبي، لمخالفتها للنظام العام، ولعدم توافر شروط إباحة العمل الطبي، والتى من أهمها إذن القانون، الذي يعد شرطاً أساسياً للقول بإباحة عمل الطبيب.

واما محل عقد العلاج فى الفقه الإسلامي فهو الإجارة على القيام بالعمل الطبي المتفق عليه، أو المقرر له جعلاً معيناً من قبل المريض لطبيبه. ذلك أن عقد العلاج يعد من عقود الإجازة، أو الجهالة على مجهول عند بعض الفقهاء. ولذلك ، فإنه يشترط لصحة الإجارة ومحله، المنفعة، علماً يرفع الجهالة المفضية إلى النزاع[1] ومن ثم، ينبغى على العاقدين أن يقوما بتحديد العمل الطبي والجراحي، وبيانه على وجه ترتفع به الجهالة.

= الإلتزام كأداء يجب على المدين القيام به لمصلحة الدائن وعلى ذلك، يكون محل عقد العلاج الطبي لتأجير الرحم هو القيام بالأعمال الطبية والجراحية، وأداء الخدمات الطبية صاحب الشأن، بتراضي الطرفين على ذلك. وتنصب هذه الأعمال الطبية على جسم الإنسان، وتمس سلامته، وتتعلق بالأعضاء التناسلية ذات الوظيفة الجوهرية فيه. ولما كان جسم الآدمي غير صالح للتعامل، ويحظر المساس به، فإنه يشترط فى الإتفاق على المساس به أن يتم بهدف تحقيق مصلحة علاجية مشروعة وهذا غير متوافر فى إيجار الرحم.

(١) بدائع الصنائع – ٤/ ١٧٩، ١٨٠، المهذب للشيرازى – دار الفكر ١/ ٣٩٥، ٣٩٦/ جواهر العقود ١/ ٢٥٨.

فيقومان بتحديد نوع العمل الطبي ومحله، وما يلزم المريض من خدمات طبية، وعناية مناسبة، فضلاً عن المكان الذي سيتم فيه ممارسة العمل الطبي. وفى الجملة، عليهما الإتفاق على ما يؤدى إلى قطع النزاعات المستقبلية، حتى يمكن لكل من الطرفين القيام بعمله المتفق عليه فى العقد دون تعدى أو إجحاف.

وبناء على وجهة نظر الشريعة الإسلامية، فإن جواز إبرام عقد العلاج الطبي يتوقف على المحل الذي يرد عليه العقد فإن كان وارداً على الإلتزام بعلاج موضع فى حاجة إلى العلاج كان العقد صحيحاً، وإلا فلا يجوز إستئجار يد صحيحة، وما فى معناهما، ككل عضو سليم من آدمي؛ أما العليلة فيصح الاستئجار لعلاجها[1]، أياً كان نوع العلاج. وبناء على ذلك نعتقد أنه لا يجوز إبرام عقد علاج طبي بين أطراف عقد إيجار الرحم، لما فى هذا النوع من العمليات الطبية من تعد خطير للجسم، واعتداء على سلامته، وتحد على مشيئة الله _عز وجل_.

ولما كان حرمة وعصمة الإنسان تتعلق بالنظام العام، فإن أى إتفاق ينال من هذه العصمة، أو ينتهك تلك الحرمة يكون باطلا. وازاء هذا التباين في موقف الطبيب إلتزامه بتعويض ما لحق المريض من ضرر تبعاً لما. وبناء علي ذلك يمكن القول بأن مسئولية الطبيب في الفقه الإسلامي في عمليات تأجيرالأرحام تكون عقدية بناء علي عقد العلاج الذي ينعقد بإيجاب وقبول بإذن صاحبة الرحم المستأجر بأجراء أعمال طبية بغرس نطف أمشاج زوجيين أخريين داخل العضو التناسلي المتمثل في الرحم غير أن الطبيب لا يضمن ما لحقها من ضرر سواء تمثل في إحداث علة بالأعضاء التناسلية الأصلية... إلى غير ذلك من الأضرار وذلك متى كان الطبيب حاذقاً في مهنته وأدى عمله الطبي وفق ما تقتضيه صنعته غير متجاوز لأصولها أو مقصر في أدائها، لأنها أضرار لحقت صاحب الشأن من فعل مباح مأذون فيه، دون خطأ أو تقصير. أما إذا كان غير حاذق بأصول تخصصه المهني فإنه يضمن ما لحق المريض من ضرر طبقاً لقواعد المسئولية العقدية لأن

---

(١) تاج والاكليل ٥ / ٤٢٢ ، روضة الطالبين: ١٨٤/٥، مغنى المحتاج: ٣٣٧/٢، جواهر العقود ٢١٠/١.

الإذن يفيد التراضي الذي هو قوام العقد الطبي[1]. فإذاً لم يأذن له المريض أو ذويه كان الطبيب متعدياً فيضمن ما يلحق المريض من ضرر مسئولية تقصيرية.

رابعا/ هل يكفى توافر عنصر السبب فى عقد[2] العلاج الطبي للممارسة التعامل على الرحم:

يرى فيرى Carbonnier [3] أن حرية الشخص فى التصرف بجسده مشروطة بالسبب الذي يجب أن يكون مشروعا حيث أن القانون يأخذ بعين الاعتبار ويشكل كبير الهدف المتوخى من قبل المتعاقدين.

وتطبيقا على ذلك يعتبر السبب الدافع إلى تعاقد أطراف علاقة الرحم المستأجر مع الطبيب هو الرغبة في تنفيذ الإتفاق المسبق بينهم من الناحية الفنية للحصول علي الولد وهذه رغبة في حد ذاتها مشروعة وكذلك محل إلتزام الطبيب بإجراء العملية تحت المواصفات الطبية مع توافر بذل العناية اليقظة التى تتفق مع الأصول العلمية المستقرة فى مهنة الطب لصاحبة الرحم عقب ولادتها وإنما الذي يبطل التعاقد هو عدم مشروعية محل الإتفاق نفسه وهو غرس نطف غريبة فى رحم المرأة المستأجرة إذ هو بيد الله تعالى.

ومن ثم، فقد أثار التساؤل حول الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب فى عقد العلاج، وعما إذا كان محدداً بنتيجة معينة، أم يقتصر على بذل العناية اليقظة التى تتفق مع الأصول العلمية المستقرة فى مهنة الطب الحديثة؟

---

(١) سبل السلام: دار احياء التراث العربي – الطبعة الرابعة – ٣/٢٥٠.

(٢) يقصد بسبب العقد طبقاً للقواعد العامة، الباعث الدافع إلى التعاقد كما سبق وأن بينا. ويعد سبب العقد فى العقود التبادلية هو إلتزام كل طرف فى مواجهة الطرف الآخر، وهذا هو السبب المباشر، الذي لا يختلف من عقد لآخر. أما الفقه الحديث، فقد أضاف إلى ذلك سبباً آخر، هو الباعث الدافع إلى التعاقد.
ولا خلاف بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي، من جهة ما يتصل بسبب عقد العلاج الطبي فى عمليات تأجير أرحام، وعدم مشروعيتها فى ظل النظم التى لا تبيح المساس بالأعضاء التناسلية الطبيعية، التى تتسم بالثبات والحجية، المتعلقة بالنظام العام.

(٣) Mazeaud et Trunc, " Traite de responsabilitecivil" T, I, 1965, al 2529,
Carbonnier J., Droit c J., civil, introduction. les personnes,16 ed. P. U. F1987, 253.

المطلب الثانى

الطبيعة القانونية لإلتزام الطبيب فى عقد العلاج الطبى

زاد اهتمام الفقه القانوني بعد ظهور المستحدثات الطبية للإنجاب الصناعي بواسطة تأجير الأرحام في حالات عقم الأزواج على أثر انتشار هذه الأعمال في مختلف أنحاء العالم، خاصة في الأعوام الأخيرة، ووقف فقهاء القانون فى غموض وحيرة بشأن معرفة هل هذه العمليات من ضمن الأعمال الطبية، وساد التخبط إزاء مشروعية هذه العمليات التي يمارسها بعض الأفراد، ومدى مطابقتها للنظام العام من عدمه، وهل عملية الإنجاب بواسطة تأجير الأرحام تتم بقصد تحقيق العلاج وبالتالي الشفاء من الأمراض النفسية نتيجة عدم الإنجاب أم لا؟ وما يترتب علي ذلك فى انهاء المعاناة بالإنجاب الطفل المنتظر.

أولا: ماهو مصدر إلتزام الطبيب تجاه أطراف علاقة الرحم المستأجر فى عقد العلاج الطبي؟

هل العلاقة العقديه التى سبق وأن تكلمنا عنها هي مصدر الالتزامات التى تقع على عاتق الطبيب المتمثل فى تقديم الخدمات الطبية، والرعاية اللازمة لعلاج المريض. وتحقيق مصلحته فى الحصول على شفائه من علته، أو تخفيف مرضه قدر المستطاع مقابل الأتعاب التى يدفعها المريض أو من ينوب عنه وفى موضوع بحثنا غالبا يكون الزوجين أصحاب النطف البيولوجية.

وبالرغم من ذلك، ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن هذه الالتزامات قد حددتها القوانين واللوائح الخاصة بمهنة الطب. فممارسة هذه المهنة تفرض على الأطباء والجراحين مجموعة من الالتزامات المهنية المحددة، التى يلتزمون بها قانونا. ومن ثم، إلتزام الطبيب ناشئ من النصوص القانونية التى تضمنتها اللوائح الخاصة بمهنة الطب.

ورغم صحة ما ذهب إليه الرأي السابق، إلا أنه يمكن القول بأن هذه الالتزامات رغم تحديدها بمقتضى القوانين واللوائح المتعلقة بممارسة مهنة الطب على النحو السابق، إلا أنها تأخذ الطابع العقدي إذا تم تنفيذها فى إطار عقد علاج طبي بعيداً عن المستشفيات العامة. ومن المتفق عليه أن العقد لا يقتصر

على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام. وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٨ / ٢ مدني مصري).

وانطلاقا مما سبق، يمكن القول، بأن هذه الالتزامات تعد واحدة، سواء أكان مصدرها العقد أم القوانين واللوائح المنظمة لمهنة الطب. ورغم وحدة العقد، فى الحالتين، فإنه من الضروري التعرض للتفرقة بينهما، وما يترتب على هذه التفرقة من أثار تتعلق بانعقاد المسئولية القانونية، التى تختلف طبيعتها من حالة لأخرى، فتكون مسئولية عقدية إذا استندت إلى عقد العلاج، فى حين تكون تقصيري إذا لم تستند إلى هذا العقد.

ويعد هذا العقد، هو مصدر التزامات كل من الفريق الطبي والمريض. وهو عقد قائم على الاعتبار الشخصي، يراعى فيه المركز المهني للطبيب، وقدرته الفنية، وخبرته الطبية. كما أنه من العقود التبادلية التى يعد إلتزام كل طرف فيه فى مقابل إلتزام الطرف الآخر. غير أن هناك بعض الالتزامات التى لا تجد مصدرها سوى فى العقد، كالالتزام بالسلامة، الذي أستنبطه القضاء من بعض العقود.

فقررت محكمة النقض المصرية أن: (إلتزام الطبيب وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، وإنما هو إلتزام ببذل عناية؛ إلا أن هذه العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة، تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهني وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل عن خطئه العادى أياً كانت درجة جسامته[1].

وهذا الموقف مشابه لموقف محكمة النقض الفرنسية التى قضت فى العديد من أحكامها بأن إلتزام الطبيب ليس التزاماً بشفاء المريض، وإنما هو إلتزام ببذل عناية.

---

(١) نقض مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٧١ مجموعة المكتب الفنى – س١٢ – رقم ١٧٩ , وطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق م.م. ف ٢٢ص ١٠٦٢ (CD legal Encyclopedia V ersion 1, oa, 1996 - 1997 دائرة المعارف القانونية).

هل إلتزام الفريق الطبي أثناء إجراء عملية ، إستخدام الرحم لحساب الغير بنتيجة معينة ، ينبغى عليه تحقيقها ، وإلا كان مخلاً بالتزام ناشئ عن العقد؟ أم هو مجرد إلتزام طبي عام ببذل عناية يقظة(١).

ثانيا: ماهية الحقوق والواجبات التى تترتب على العقد المبرم بين الطبيب والزوجين:

أ- إلتزام الطبيب بالمحافظة علي أسرار المريض :

ويعد إلتزام الطبيب بالمحافظة علي أسرار المريض من الالتزامات الدينية والمهنية والقانونية. فينبغي علي الطبيب الحفاظ علي أسرار مرضاه في كافة الظروف.

ما مدى نطاق أو حدود إلتزام الطبيب فى المحافظة علي أسرار المرضى؟

يرى بعض الفقه أن نطاق الالتزام بالمحافظة علي أسرار المريض نطاق نسبي، لأن الطبيب لا يكون ملتزما بالصمت المطلق علي الدوام وفي أي ظرف من الظروف، بل له في حالات معينة أن يفشي سر مرضاه متى دعته إلى ذلك مصلحة عامة أو خاصة(٢)

وفي عملية إيجار الرحم ، يلتزم الفريق الطبي بالمحافظة علي الأسرار التي يطلع عليها خاصة وأنها تمس جانباً شديد الحساسية يتعلق بالحياة الاجتماعية والخصوصية لدى الأبوين البيولوجيين التي يجتهد أصحاب الشأن في إبقائها بعيداً عن متناول الغير، ولا يرغبون في الكشف عنها لأحد من قريب أو بعيد. غير أن الأوراق والمستندات الرسمية المتعلقة بشهادة ميلاد المولود تحتاج إلى إفصاح الأطباء عن بعض الأسرار المتعلقة بأصحاب الشأن سواء تمثل ذلك في صورة كتابية كالتقارير الطبية الخاصة بتسجيل اسم الأم بالرحم التى أنجبت أو الأم البيولوجية فى شهادة ميلاد المولود أم في صورة شفهية عند الإدلاء بالشهادة أمام الجهات القضائية. عند حدوث نزاع ولا يعد الطبيب بذلك متجاوزا حدود إلتزامه تغليباً لطابع المصلحة العامة أو الخاصة التى تكون فى الغالب فى مصلحة الطفل.

(١) Cass. 29 oct. 1968 , jCP 1969-i- 15799: cass 26 janv. 1970 ,D1970 somm. 87

(٢) د/ عبد الرشيد مامون: عقد العلاج الطبى بين النظرية والتطبيق – دار النهضة العربية ١٩٨٦ – ص ٧٧ ، ٧٨.

ب - إلتزام الطبيب بالحصول علي رضاء حر ومستنير من قبل المريض أو إهله أو أقربائه:

نصت المادة (٢٢) من قانون الواجبات الأدبية الطبية الفرنسية علي أنه: (لا يجوز إجراء أي بتر أو استئصال دون سبب طبي معقول.. .. ولا يجوز أن يتم ذلك إلا بعد إعلام أصحاب الشأن والحصول علي رضائهم) [١].

فقد استقر الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا علي ضرورة الحصول علي رضاء حر مستنير من المريض أو أهله أو أقاربه بالموافقة علي قيام الطبيب بإجراء مثل هذه الأعمال الطبية[٢] والموافق علي نتائجها والرضا بالآثار المترتبة عليها والتي أحيط بها عاما من قبل متى كانت مشروعة وغير متعارضة مع النظام العام.

وذلك يرجع إلى خطورة الأعمال الطبية التي تمس جسم الإنسان مما قد يؤدي بحياة المريض أو تصيبه بالعجز أو بفقد أحد أعضائه أو تعطيل منفعته كلها أو بعضها أو تفقده إحدى الوظائف الطبيعية في الجسم وأخيرا فإننا لا نسلم بكون رضاء أطراف علاقة الرحم البديل أساسا لإباحة الأعمال الطبية التى تكون على النطف البشرية وذلك لما تتسم به من خطورة، سواء من حيث طبيعتها أو من حيث جسامه الآثار المترتبة عليها وهذا تطبيقا لرأى الشريعة الإسلامية.

ج - إلتزام الطبيب ببذل العناية اليقظة:

وقد استقر الفقه والقضاء في مصر وفرنسا علي ضرورة قيام الأطباء بتنفيذ هذا الالتزام هذا وقد نص المشرع المصري ووضع النصوص[٣] الخاصة

---

(1) L'art. 22 du Code Francais de Deontologie Medicale: (Aucune mutilation ne peut etre pratiquee sans motif medical tres scrieux .... et qu'apres information des interesses et avec leur consentement) ، Versailles١٧ ، janv. 1991 ،JCP 1992 – II – 21929 ،obs. G. Memeteau.

(٢) أحمد عبد الكندري: نقل وزراعة الأعضاء – المرجع السابق – ص ١٥٠ ،
J.-P. Branlard: op. cit ،p. 445 et 446 ،n' 1313 et 1314

(٣) مادة ٢٣٦ – كل من جرح أو ضرب أحداً عمداً أو أعطاء مواد ضارة ولم يقصد من ذلك قتلا ولكنه أفضي إلى الموت يعاقب بالإشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى سبع. وأما إذا سبق إصرار أو ترصد فتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن.
مادة ٢٣٨ معدلة بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢

=

بالتزام الطبيب ببذل عناية يقظة لطبيب في نفس مستواه المهني وتخصصه الطبي وفي نفس الظروف وأن يقصد من وراء هذه العناية تحقيق شفاء المريض وتخفيف علته بقدر الأمكان. سواء تم ذلك في إطار عقد علاج طبي أم لا. وتتطلب منه هذه العناية القيام ببذل جهود صادقة متفقة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة[1].

إذا كان الالتزام ببذل عناية يقظة من الالتزامات المتعلقة بالعمل الطبي نفسه فإن الالتزام بالسلامة أمر خارج عن نطاق العمل الطبي رغم اقترانه به ومعنى الالتزام بالسلامة: هو سلامة المريض من الأضرار التي قد تنجم عن الأدوات أو الأجهزة الطبية أو الأدوية التي يستعملها الفريق الطبي في العلاج[2].

=

— من تسبب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احتراز أو عدم مراءاته للقوانين والقرارات واللوائح والغائمة يعاقب بالحبس مدة لا تقلا عن ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بأحدي هاتين العقوبتين.

تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد علي خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو بأحدي هاتين العقوبتين.

إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيما بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو جرفته أو كان متعاطيا مسكراً أو مخدر عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو لكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد علي سبع سنين إذا نشأ عن الفعل وفاه أكثر من ثلاثة أشخاص، فإذا توافر ظرف آخر من الظروف الوارد في الفقرة السابقة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد علي عشر سنين.

ادة ٢٤٤ — مضافة بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ — الجريدة الرسمية العدد ١٦٨ الصادر في ١٩٦٢/٧/٢٥ م) من تسبب خطأ في جرح شخص أو إيذائه بأن كان ذلك ناشئا عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد علي سنة وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها أو بأحدي هاتين العقوبتين.

(١) عبد السلام التونجي: االمسئولية المدنية للطبيب فى الشريعة الإسلامية وفى القانون السورى والمصرى والفرنسى ١.٩٦٦/ ص ٣٣٧، د/ محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبى الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل، دار ابراهيم للطباعة ١٩٨٧م - ص ١٢٨، د/ علي حسين نجيدة: إلتزامات الطبيب في العمل الطبي — المرجع السابق — ص ٥.

(٢) د/ محمد السيد عمران: الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود — ١٩٨٠ — ص ٣٩١، ٣٩٢.

وإتماما لأهمية دور الطبيب وإبرازا لما يوجبه من عناية يرى بعض الأطباء(١) قد يتكرر فشل عمليات الحقن المجهرى لكن مع التطور العلمي المذهل فى أساليب هذه العمليات وتحديد أسباب الفشل لعلاجها فإن الأمل لا يزال موجودا وهذا ما يؤكده موضحا أن التشخيص الدقيق لأسباب الفشل فى كل حالة والتحضير الجيد قبل إعادة عمليات الحقن المجهرى هما العاملان الأكثر أهمية للنجاح ستقر قضاء محكمة النقض الفرنسية فيحكم شهيرلها فى يوم ٢٠ ماتوا ١٩٣٦ على أنه من المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الأول لا بشفاء الثاني بل بتقديم العناية اليقظة Soins consciencieux et attantifs التى تقتضيها الظروف الخاصة للمريض والتى تتفق مع أصول المهنه ومقتضيات التطور العلمي ويترتب على الاخلال بهذا الالتزام التعاقدي ولو عن غير قصد ميلاد مسئولية من نفس النوع أي المسئولية العقدية(٢)

ومن جهة أخرى فإن إلتزام الطبيب ينحصر ببذل عناية حتى لو تعلق الأمر بجراحة التجميل(٣) وتطل مسؤولية الطبيب تعاقدية حتى لو كان الرعاية والعلاج الطبي قد تمت بدون مقابل من جانب المريض أي على سبيل الود أو الصدقة(٤).

ويترتب علي اعتبار تلك المسؤولية تعاقدية أن الدعوى تخضع للتقادم طويل الأجل (٣٠سنة فى القانون الفرنسي) حتى لو شكل خطا الطبيب مخالفة ذات طبيعة جنائية لأن الدعوى تنشأ عن عقد(٥) على هذا فهي لا تتقادم بمرور ثلاث سنوات كالدعوة الناشئة عن الفعل الغير مشروع.

---

(١) الدكتور رواء مصطفى أستاذ امراض النساء وعلاج العقم واطفال الانابيب بكلية طب عين شمس وزميل الكلية الملكية بلندن وعضو الجمعية الأمريكية لطب التكاثر/ جريدة الاهرام – ٧ مايو- ٢٠١٠

(٢) Cass. 20 Mai 1936 D. 1936. 1.88 note E. P). مشار إليه اد/ محمد حسين منصور – المرجع السابق ص ١٤٢

(٣) parias 13. jan. 1959 D. 1959 P. 26). - مشار إليه اد/ محمد حسين منصور – المرجع السابق ص ١٤٣

(٤) Bsancon 20 mars 1933 D. 292). مشار إليه اد/ محمد حسين منصور – المرجع السابق ص ١٤٤.

(٥) Req. 10 Sept. 1940 G. P10 Dec. 194 0 -7 مشار إليه اد/ محمد حسين منصور – المرجع السابق ص ١٤٦

د- إلتزام أطراف علاقة الرحم المستأجر بدفع الأتعاب المتفق عليها للطبيب

عرفها بعض الفقه القانوني بأنها[1] : "المقابل المالي المعادل للخدمة المقدمة".

وعرفها البعض بأنها : المكافأة المستحقة للطبيب لقاء الخدمات التي أداها للمريض في إطار ممارسته فنون مهنته[2]. ويعد إلتزام المريض بدفع الأتعاب في مقابل ما يقوم به الطبيب من أعمال طبية دليلاً علي الطابع التبادلي لعقد العلاج الطبي سواء قامت صاحبة الرحم بنفسها بدفعها أو الزوجين.

وإذا امتنع المريض عن تنفيذ إلتزامه بدفع الأتعاب كان للطبيب المطالبة بتنفيذه جبراً عنه ومقاضاته لامتناعه عن أداء ما هو مستحق في ذمته طبقاً للقواعد العامة. وإذا حدث نزاع بشأنها أو لم يتفق عليها أصلاً، خضعت لتقدير المحكمة مع الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء مراعية في ذلك شهرة الطبيب وما عاد علي المريض من نفع وفائدة[3].

ماذا يحدث لو أخل أطراف علاقة الرحم المستأجر فى التزامهم بدفع المقابل المتفق عليه فى العقد مع الطبيب هل يحق للطبيب رفع دعوى عليهم بموجب العقد المبرم بينهم أم لا يحق له ذلك باعتبار أن هذا الكسب غير مشروع بناء على مخالفة هذه العمليات للآداب العامة وبالتالي سيطبق عليه قانون(رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥) فى شأن الكسب غير المشروع[4] – مادة ٢ :

"يعد كسبا غير مشروع كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو نتيجة لسلوك مخالف لنص قانوني عقابي أو للآداب العامة " وأخيرا وبناء على ما سبق يتضح لنا :

أن الشرع جعل شرط استحقاق الأجرة في العمل الطبي الإذن فيما فعله شرعاً لذلك لا يجوز أخذ الأجرة من منفعة محرمة.

---

(١) د/ عبد الرشيد مامون: المرجع السابق – ص ٨٧.

(٢) د/ مجدي حسن خليل : الحماية القانونية لأتعاب الطبيب الحر – دار النهضة العربية – ٢٠٠٠ ص ٥.

(٣) د/ عبد الرشيد مامون: المرجع السابق – ص ٩١ : ٩٤، د/ محمد السعيد رشدي : المرجع السابق – ص ٧٢، ٧٣، د/ مجدي حسن خليل: المرجع السابق – ص ٧، ٨.

(٤) الجريدة الرسمية – العدد ٣١ فى ٣١ / ٧ / ١٩٧٥

الأصل حرمة أخذ الأجرة في الإجارة المحرمة وبالتالى حرمة أخذ الأجرة من الزوجين أو الراغبين بالإنجاب لأن العقد محرم, ومقدماته أيضاً محرمة.

الالتزام بدفع الأتعاب في الفقه الإسلامي: لما كان عقد الجهالة، الفقه الإسلامي من قبيل الإجارة أو الجهالة، فإنه يجوز للطبيب أخذ الأجرة علي المداواة أو الجهالة عليها. ويستحق الطبيب الأجرة بإيفائه بالعمل المتفق عليه في العقد[(١)]. لأنها أجرة علي فعل مباح مأذون فيه والدليل علي جواز أخذ الأجرة، ما رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "إحتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره واستعط"[(٢)]، فلو لم يكن أخذ الأجرة جائزاً لما فعله النبي ﷺ.

ونرى أن موقف الفقه الإسلامي واضح ونحن على نهجه إن شاء الله تعالى تجاه عملية الحمل لصالح الغير من خلال تأجير الرحم وهذا قياسا لما ذهب إليه بعض الفقه الإسلامي إلى أنه لا يصح عقد الإجارة علي جراحة غير مشروعة كجراحة التجميل التحسينية وجراحة تغيير الجنس في حالات الخنوثة النفسية وغيرهما من الجراحات المحرمة. كما اشترط لصحة عقد العلاج الطبي أن يكون ثمن الجراحة معلوما للطرفين لأنه عقد معاوضة فوجب العلم بالعوض قطعاً للنزاع ومنعاً للخصومات[(٣)]. فمن باب ادعى عدم إباحة تأجير الأرحام ويجب الأخذ فى الاعتبار أن حكم الفقه الإسلامي فى عدم إجازته لأجرة الطبيب على العمل الغيرالمدفوع حيث جعل الشرع شرط استحقاق الأجرة في العمل الطبي الإذن فيما فعله شرعاً لذلك لا يجوز أخذ الأجرة من منفعة محرمة.

وهناك سؤال يطرح نفسه ماذا يحدث عند حدوث إخلال إلتزام الطبيب بالعمل الطبي؟ وبناء عليه يحكم بالتعويض هل تخصم من التعويض الأجر المدفوع الذي يمكن أن يستحق للمريض؟ وهذا السؤال يقودنا إلى السؤال التالى:

---

(١) كشاف القناع: دار الفكر – ١٤/٤، المغنى: دار الفكر – ٣١٤/٥، جواهر العقود: دار الكتب العلمية – ٢٣٧/١، حاشية البجيرمي: المكتبة الإسلامية – ديار بكر – تركيا – ٢٣٨/٣، حواشي الشرواني: دار الفكر – ٦٣٦/٦، الفواكه الدواني: دار الفكر ١١٥/٢، حاشية العدوي – دار الفكر ٢٥٥/٢، ٢٥٦

(٢) صحيح البخاري: ٧٩٦/٢، صحيح مسلم: ١٢٠٥/٣.

(٣) محمد بن محمد المختار الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها – مكتبة الصحابة بجدة – الطبعة الثانية ١٤١٥ هـ ١٩٩٤م ص ٦١٤ – ٦٢٠.

ما هو جزاء الإخلال بالالتزامات. والمسئوليات الناشئة عن عقود المعاملات على الرحم؟

المطلب الثالث

مسئولية الطبيب القائم بالعملية

لبيان جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن الطبيب فى عقود التعامل على الرحم يستوجب علينا التعرض لتصنيف وأشكال المسئولية القانونية المترتبة علي هذه العمليات لمعرفة ما إذا كانت عقدية أم تقصيري وبيان حدود كل منهما، والمعيار هنا يتشكل على أساس إذا كان هناك عقد علاج طبي بين الطبيب والمريض من عدمه.

ورغم كون المسئولية الطبية في الغالب مسئولية عقدية تترتب علي الإخلال بالتزام أصلي مصدره عقد طبي صحيح ينشأ عنه ضرر يلحق المريض فإن ذلك لا ينفي انعقاد المسئولية التقصيرية للطبيب في الحالات التي يوجد فيها عقد طبي باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً وقضى بإبطاله (كان سببه غير مشروع أو مخالفاً للآداب العامة) أو تلك التي لا يوجد فيها عقد طبي وترتبت مسئولية الطبيب علي الإخلال بالتزام أصلي مصدره نص القانون فالمسؤولية عندئذ تكون تقصيري.

تشكل عمليات الأرحام البديلة العديد من المشاكل فالطبيب الذي يمارس هذا النوع من العمليات يجد نفسه أمام المسئولية القانونية

فمن الجانب التأديبي يمكن القول بأنه بمجرد موافقة الطبيب على الاشتراك أو المساعدة أو إجراء عملية تأجير رحم وإن صح التعبير التعامل على الرحم يكون قد خرج عن الأصول الطبية متجاوزا بذلك آداب المهنة الطبية وتعاليمها واللوائح المهنية التي قررتها النقابة العامة للأطباء والتي تقضي بحظر هذا النوع من العمليات في مصر مما يعد خروجاً عن النظام العام تنعقد به مسئوليته القانونية التأديبية إلى جانب مسئوليته المدنية.

فأي خطأ طبي يترتب عليه ضرر يلتزم مرتكبه بالتعويض طبقاً للقواعد العامة. سواء تعلق هذا الخطأ بالجانب المادي أم الفني. وإذاً كان الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا قد ذهب إلى عدم التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني

ويرون أن الخطأ الذي يستوجب المسئولية الجنائية بمقتضى المادتين (٢٣٨، ٢٤٤) عقوبات مصري والمادتين (٣١٩، ٣٢٠) عقوبات فرنسي لا يختلف في أي عنصر من عناصره عن الخطأ الذي يستوجب المسئولية المدنية بمقتضى المادة (١٦٣) مدني مصري والمادتين (١٣٨٢، ١٣٨٣) مدني فرنسي، فإن معنى ذلك أن الخطأ مهما كان يسيراً يكفي لانعقاد المسئولية. وهذا يقودنا إلى السؤال التالي :

هل يضمن المركز الذي يقدم هذا الجين potential genetique تطوره إلى حمل وميلاد طفل سليم؟ وخاصة بعد ما جاء في جريد الأهرام عن تخصيب جنين تم حفظة لمدة عشرون عاما[1] بمعنى أخر هل يستطيع الزوجان أن يثيرا مسئولية المركز أو الطبيب le Fourniseur في حالة الاخلال بعدم تنفيذ الصيانة اللازمة للنطف المودعة حتى إتمام التخصيب والتى أدى اهملها إلى عدم الحمل كلية أو في حالة ميلاد طفل معاب أو لأن الطفل لا يطابق مواصفاتها المطلوبة؟

أما بالنسبة إلى المركز المعمل المختص بالحفظ أو الطبيب المعالج أو القائم بالعملية باعتبارهم طرفا فى العلاقة فهم كنظيرتهم صاحبة الرحم المستأجر يلقى على عاتقهم أيضا الالتزام بالتسليم وصيانة النطف المودعة لحين إتمام عملية الإخصاب.

فإذاً سلمنا جدلا إلى رأى البعض بأعتبارهذا العقد علي أنه عقد إيجار فإن ذلك يستلزم تطبيق المواد المتعلقة بضمان العيوب الخفية les vices caches (م ١٦٤١ مدني فرنسي)على المركز – أو الطبيب – باعتباره مهنيا professionnel بشرط أن تتوافر سوء نيته فرضا لا يقبل أثبات العكس أي يفترض علمه بهذا العيب وذلك طبقاً للقضاء الفرنسي المستقر[2]. ومن ثم يجب تعويض الزوجين عن ضررهما تعويضاً كاملاً[3].

---

(١) مرفق الاعلان بالملحق في نهاية الرسالة.
(٢) انظر في ذلك بحثنا بعنوان "ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانون المصري والمغربي ١٩٨٦".
(٣) Guy Raymond ،la procreation artificielle et le droit francais ، sem ،jur. 1983 – 3114.

ويعد ذلك سبباً إضافياً لرفض تكييف العقد علي أنه عقد إيجار. وغني عن الذكر القول بأن المركز (أو الطبيب) لا يضمن أن يأتي الطفل شبيها بالزوج كما أنه لا يسمح للأخير أو زوجته أن تختار مواصفات طفلها كلون العينين والشعر ومستوى الذكاء. لأن المركز نفسه لا يفعل ذلك مع المتبرع.

والتلقيح الصناعي لا يعد بالنسبة للطبيب عملاً طبياً معقداً. ويسأل المركزعن المني الذي يقدمه وهذا يعد تخفيفاً عن كاهل الطبيب الذي يقوم بعملية التلقيح ولذلك يبرر مركز C.E.C.O.S. لحفظ المني(١) الإجراءات التي يتخذها بكونها تخلص الطبيب من المسئولية خاصة تلك التي تتعلق بصفة المنتج(٢). ومن ثم يقع علي عاتق أصحاب الشأن إثبات خطأ أو إهمال البنك أو المركز في اختيار السائل الذي تتم به عملية التلقيح لحمل الاجنه فى الارحام البديلة.

تتعدد صور المسئولية القانونية الناجمة عن الخطأ الطبي فى علي ممارسات التعامل علـى الارحـام بـين مسئولية تأديبية(٣) ومدنية(٤).

---

(١) مركز جامعي يقبل التبرع فقط ولا يعطي مقابلا.

(٢) **"ces processus a pour avantage de degager le gynecologue de bien des responsabilite et en particulier de toutes celles qui concernent la qualite du produit" citeepar R. Merger L'insemination artificielle J.C.P. 1957 – 1 - 1389.**

(٣) فيسأل الطبيب الذي يعمل لدى الحكومة أو الجهات الإدارية أو الهيئات التابعة (وزارة الصحة ، الجامعة...) مسئولية تأديبية إدارية حيث يمكن للسلطات التأديبية المنصوص عليها في قوانين العاملين، النظر في تأديب الأطباء الخاضعين لهذه القوانين بالنسبة للأخطاء التي يرتكبونها أثناء أو بمناسبة عملهم أو خارج نطاقه متى كان لها تأثير علي العمل. ويتم توقيع الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في نظمهم الوظيفية. والي جانب المسئولية التأديبية الإدارية توجد مسئولية تأديبية نقابية تتمثل في قيام نقابة الأطباء بالتحقيق فيما يرتكبه الأطباء من أخطاء تصدر منهم وتوقيع الجزاءات التي يتضمنها قانون النقابة والملائمة لصفتهم النقابية

(٤) د/ محمد حسين منصور: المسئولية الطبية – دار الجامعة الجديدة للنشر – ١٩٩٩ – ص ١١ ، ١٢. تنعقد المسئولية المدنية وهى محل بحثنا إذا ترتب علي الخطأ الطبي أضرار مادية أو معنوية تلحق المريض نكون بصدد مسئولية مدنية يهدف فيها المضرور بدعواه إلى الحصول علي التعويض المناسب لجبر الضرر. وإذا نشأ عن الخطأ الطبي دعويان: جنائية ومدنية كان للمضرور الحق في الخيار بين رفع دعواه المدنية أو الاستفادة من الطريق الجنائي والادعاء بحقه المدني أمام القاضي الجنائي بحيث يكون من حقه في حالة ثبوت الحكم بالإدانة الحكم بتعويض نهائي أو مؤقت وأحيانا ما يستند المضرور إلى الحكم الجنائي الصادر بالإدانة للمطالبة بالتعويض أمام القاضي المدني

وجنائية[1].

طبيعة المسئولية المدنية المترتبة على ممارسة الطبيب للتعامل على الرحم :

وفقا لقواعد القانون العام كان من الضروري لبيان موقف الطبيب عند ممارسة التعامل على الرحم توضيح لطبيعة مسئوليته عند القيام بتلك العملية. ويتوقف ذلك على معرفة نوع المسئولية التى تقع على كاهله أو عاتقه هذا وبالرجوع إلى قواعد القانون العامة تنقسم المسئولية إلى نوعين[2]: مسئولية عقدية ، ومسئولية تقصيري.

فالمسؤولية العقدية responsabilite contractuelle هي المسئولية التى تنشأ بناء على وجود رابطة عقدية صحيحة بين طرفين (المسئول والمضرور) بينما تقوم المسئولية التقصيرية حين تنتفي مثل هذه الرابطة[3].

اختلف القضاء المصري مع نظيره القضاء الفرنسي[4] حيث يرى القضاء المصري أن مسئولية الطبيب تكون مسئولية تقصيري ، وتكون عقدية في بعض الحالات[5].

---

(١) فإذاً كان الخطأ الطبي الذي ارتكبه الطبيب يشكل جريمة (عمداً أم خطأ) أو خرج عن الأصول العلمية المهنية ، دون احتراز أو مراعاة للقوانين ، والقرار واللوائح والأنظمة انعقدت مسئوليته الجنائية. ويكون للنيابة دور أساسي في تحريك الدعوى العمومية ضد الطبيب وتقديمه للمحاكمة والمطالبة بتوقيع العقوبة المقررة.

(٢) ويقابلها فى المعنى الفقه الإسلامي
لم يستعمل فقهاء الإسلام عبارة المسئولية العقدية أو التقصيرية علي النحو الذي أوردته الكتب القانونية المعاصرة. وليس معنى ذلك أنهم لم يتناولوا نفس الأحكام في عبارات أخرى ، بل تناولوها تحت عبارات الضمان أو التضمين أو الغرامة أو التغريم سواء أكان الضمان ضمان عقد أم ضمان يد أم متلفات تبعا لما إذا كان الضمان بالمثل أو بالقيمة
- (نقد ٣- ٧- ١٩٦٧ س٢٠ ص ١٠٩٤)
- (نقد ٢٦ ٧- ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٠٧٥)

(٣) د/ أحمد زكي عويس: مسئولية الأطباء المدنية والجنائية – المرجع السابق – ص ٥٠ ، د/ منذر الفضل : المسئولية الطبية في الجراحةالتجميلية – الطبعة الثانية ١٩٩٥ – مكتبة دار الثقافة – ص ٣٣، د/ سهير منتصر: المسئولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء – دار النهضة العربية ١٩٩٠ – ص ٢٠ – ٢٢.

(٤) Cass. civ. 20, mai 1936 ،D. 1936-I-88, note E. P., Cass. civ.27, mai 1940, D. 1941-J- 33. 0

(٥) د/ محمد حسين منصور: المسئولية الطبية – دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٩ ص ١٩٣.

=

ورغم كون المسئولية الطبية في الغالب مسئولية عقدية تترتب علي الإخلال بالتزام أن نتيجة عقد طبي صحيح ينشأ عنه ضرر يلحق المريض فإن ذلك لا ينفي انعقاد المسئولية التقصيرية للطبيب في الحالات التي يوجد فيها عقد طبي باطل بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً وقضى بإبطاله كان كان سببه غير مشروع أو مخالفاً للآداب العامة كالتعامل على الأرحام محل بحثنا أو تلك التي لا يوجد فيها عقد طبي وترتبت مسئولية الطبيب علي الإخلال بالتزام أصلي مصدره نص القانون فالمسئولية عندئذ تكون تقصيري.

ورغم اختلاف موقف القضاء الفرنسي والمصري تجاه طبيعة المسئولية الطبية إلا أن نتيجة هذا الاختلاف تعد واحدة تقريباً من حيث اعتبار إلتزام الطبيب في كلا الاتجاهين التزاما بعناية أو التزاما غير محدد. وتظل النتائج المترتبة علي تقسيم المسئولية إلى تقصيري وتعاقدية كما هي طبقاً لما تقضي به القواعد العامة.

وتتنوع الطبيعة الخاصة بالمسئولية المدنية عن الأعمال الطبية وفقاً للقواعد العامة للمسئولية إلى نوعين: مسئولية عقدية، ومسئولية تقصيري[1]. ومعيار هذه

=

هذا وقد فرقت محكمة النقض المصرية بين نوعي المسئولية المدنية للطبيب من حيث أساس كل منهما فتكون المسئولية عقدية إذا كان هناك عقد علاج تولى فيه الطبيب علاج مريضه الذي اختاره بنفسه أو نائبه وأخل الطبيب بالتزامه العقدي.

بينما تكون تقصيري إذا لم يوجد هذا العقد وإنما أخل الطبيب بالتزام قانوني هو الالتزام العام بعدم الإضرار بالغير. حيث قضت محكمة النقض المصرية في ٢٦ يوليو ١٩٦٩ بأن مسئولية الطبيب الذي أختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسئولية عقدية.

(١) الفرق بين المسئولية العقدية والتقصيرية

من حيث مدى تعويض الضرر أو من حيث التضامن بين المسئولين عن تعويض الضرر في حالة تعددهم أو من حيث مدى جواز الإتفاق علي الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها من عدمه. فتتميز المسئولية العقدية عن المسئولية التقصيرية في العديد من الأمور كما يتضح مما يلي:

١- - أن التعويض في المسئولية التقصيرية يكون عن الضرر المباشر الناشئ عن الفعل الضار سواء كان متوقعاً أم غير متوقع. أما في المسئولية العقدية فلا يتم التعويض إلا عن الضرر المتوقع فيما عدا حالتي الخطأ العمدي والخطأ الجسيم فيشمل عندئذ الضرر المتوقع وغير المتوقع. ويجب تقويم هذا الضرر علي أساس ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب (م ٢٢١ / ٢).

٢- - أن التضامن في المسئولية العقدية عند تعدد المسئولين لا يفترض وجوده بينهم عند تعويض الضرر إلا بمقتضى نص قانوني أو إتفاق صريح (م٢٧٩ مدني مصري).

=

التفرقة تبعاً لما إذا كان هناك عقد علاج طبي أم لا[1].

=

بينما في المسئولية التقصيرية يعد التضامن بينهم مفترضاً إذ هو مقرر بنص القانون. وتكون المسئولية بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض (م ١٦٩).

٣- - يجوز في المسئولية العقدية الإتفاق علي إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب علي إخلاله بالتزامه العقدي أو التخفيف منها إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم. كما يجوز الإتفاق علي إعفاء المدين من المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه (م٢١٧/٢ مدني). ولا يجوز ذلك في المسئولية التقصيرية لأن قواعدها متعلقة بالنظام العام ولذلك يكون باطلا كل إتفاق علي الإعفاء أو التخفيف من هذه المسئولية.

٤- - ومن حيث التقادم: تسقط دعوى المسئولية التقصيرية بانقضاء ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالمسئول عنه أو بمضي خمس عشرة سنة في جميع الأحوال من يوم وقوع العمل غير المشروع (م١٧٢/١ مدني). في حين لا تسقط دعوى المسئولية العقدية إلا بمضي خمس عشرة سنة وفقا للقواعد العامة.

يتضح أن ممارسة مهنة الطب تلزم الطبيب بالتزامات محددة قانونا سواء وجد عقد علاج طبي أم لا. غير أنها إذا مورست في إطار عقدي اتسمت بالطابع العقدي، فإذا ما أخل أحد طرفي عقد العلاج بالتزام ناشئ عن العقد طبقت أحكام المسئولية العقدية التي لا يمكن الجمع بينها وبين المسئولية التقصيرية ولا العدول عنها أو الخيرة بينهما. بينما تطبق قواعد المسئولية التقصيرية إذا لم توجد رابطة تعاقدية وذلك طبقا للقواعد العامة.

(١) وقد استقر القضاء المصري علي رفض نظرية الجمع والخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من حيث المبدأ مقررا أن الضرر الذي يلحق أحد طرفي العقد نتيجة إخلال الآخر بالتزام ناشئ عن العقد، ينبغي أن تطبق بصدده أحكام هذا العقد دون سواها حتى لا تهدر القوة الملزمة للعقد. وذلك ما لم يكن الإخلال بالالتزام العقدي يمثل جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما تتحقق معه قواعد المسئولية التقصيرية) نقض مدني في ٢٥ فبراير ١٩٦٥ – مجموعة المكتب الفني – س ١٦، رقم ٣٥، ص ٢٢٠، ونقض ١٦ ابريل ١٩٦٨ – مجموعة المكتب الفني – س ١٩ – رقم ١١٠ – ص ٧٦٢، مشار إليهما في: أ.د/ محسن عبد الحميد البيه – المرجع السابق – ص ٨٢، ٨٣، وانظر لسيادته أيضا: النظرية العامة للالتزامات – السابق – ص ١٦ – ١٧.

فإذا ما أخل أحد طرفي عقد العلاج بالتزام ناشئ عن العقد طبقت أحكام المسئولية العقدية التي لا يمكن الجمع بينها وبين المسئولية التقصيرية ولا العدول عنها أو الخيرة بينهما. بينما تطبق قواعد المسئولية التقصيرية إذا لم توجد رابطة تعاقدية وذلك طبقا للقواعد العامة.

وقد استقر القضاء المصري علي رفض نظرية الجمع والخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من حيث المبدأ مقررا أن الضرر الذي يلحق أحد طرفي العقد نتيجة إخلال الآخر بالتزام ناشئ عن العقد، ينبغي أن تطبق بصدده أحكام هذا العقد دون سواها حتى لا تهدر القوة الملزمة للعقد. وذلك ما لم يكن الإخلال بالالتزام العقدي يمثل جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما تتحقق معه قواعد المسئولية التقصيرية.

وإذاً اجتمعت أركان المسئولية الجنائية من خطأ الطبيب والضرر الواقع على أطراف علاقة إيجار الرحم وعلاقة السببية بينهم التزم الطبيب بتعويض ما لحق أفراد علاقة الرحم المستأجر من ضرر تبعاً لما تسبب من خطا طبي عما لحق المريض وذويه من أضرار بالتضامن مع من يسأل معه في حالة تعدد المسئولين. غير أن الطبيب يلتزم بالتعويض عن الأضرار المتوقعة ذات الصلة بحالة المريض ولو كانت نادرة الحدوث.

وعلى هذا لقد أدى التطور التكنولوجى فى مجال النطف الأدمية إلى ظهور فروض جديدة للمسئولية الطبية ورجال القانون وضعتهم أمام خيارات حاسمة مما أدى إلى ظهور بعض قضايا التعويض المرتبطة بميلاد طفل الرحم عند ولادته معاق وبالتالى لم يأتى ملبيا لتوقع والديه ومن ثم فإنهما يعتبران أن هذا المرض بمثابة ضرروقع عليهما طالما كان من الممكن تجنبه الامر الذى جعلنا نطرح هذا السؤال لمحاولة البحث فى إيجاد حلول لهذه المشكلة.

هل يحق للوالدان البيولوجيين وكذلك المولود رفع دعوى بإسمهما الخاص وكذلك بإسم طفلهما الذى لم تكتشف إعاقته إلا بعد ولادته عند خطأ الطبيب أو المعمل سواء بإهمال النطف أو لوجود عيب بها سبب فى وجود طفل معاق وأغفله الطبيب ...؟هناك إتجاهان :

الأتجاه الأول: إقامة دعوى بشأن تعويض ضرر الوالدين والتى يعبر عنها فى أمريكا بدعوى الميلاد الخطأ "Wrongful birth "

والاتجاه الثانى : تلك الدعوى التى تباشر لحساب القاصر والتى يطلق عليها بدعوى الحياه الخطأ "Wrongful life "والتى تهدف إلى تعويض الضرر المتمثل فى الحياة المعاقة[1] التى فرض عليه أن يعيشها.

موقف القضاء الفرنسى[2] من خلال المادتين" ١١٦٥و ١٣٨٢" من

---

(١) La vie diminuee

(٢) راجع نص هذا الحكم على موقع محكمة النقض الفرنسية على الانترنت :
http :\\ www>courdecassation > fr \ agenda \ arrets\99 – 13701arr . htm
99- 13.701 , Arret du 17 novembre 2000 cour de cassation – Assemblee pleniere.

التقنين المدنى الفرنسى على حكم الطفل المعاق تعددت أراء الفقه الفرنسى حيال ذلك فى الوقت الذى أتفقت فيه على إرساء مبدأ أن الميلاد فى حد ذاته ليس ضررا منشأ للحق فى التعويض.

رأى القضاء العادى: تعويض الوالدين ورفض تعويض الطفل.

رأى محكمة النقض تتجه إلى تعويض الطفل بجانب الوالدين.

رأى مجلس الدولة إجازة تعويض الوالدين ورفض تعويض المولود[١].

نؤيد ما ذهبت إليه محكمة النقض فى تعويض الطفل بجانب الوالدين وذلك عما لحقهم من ضرر كانوا فى غنى عنه لولا إخفاق الطبيب أو المركز ولى إضافة وتحفظ حول تعويض المولود من جراء عملية تاجير الرحم أرى أنه يحق للمولود المعاق من الرحم أخذ التعويض من جميع أطراف العلاقة عند مطالبته بهذا الحق وذلك لما وقع عليه من ضرر سواء مما وقع عليه المسؤليه التقصيرية أو من أصحاب القرار فى الطريقة التى ولد بها

- رأى الباحثه:

من خلال تعريفات الخطأ الطبى[٢] الواقع من الطبيب القائم بعملية تأجير الأرحام لا نرى من جانبنا وجاهة تشريعية فى التفريق بين المسئولية التقصيرية والعقدية لانعقاد ووقوع مسئولية الطبيب عند وقوع خطا طبي أثناء الاشتراك فى عملية التعامل على الرحم، وذلك يرجع إلى أن معيار الخطأ الطبي للطبيب تأجير الأرحام ذات طبيعة خاصة قد تؤدي إلى تجاوز حدود كل من المسئولية التقصيرية والعقدية[٣].

---

(١) لمزيد من الإيضاح راجع د/ أسامة أبو الحسن مجاهد تعويض الطفل عن ميلاده ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية ص ١٣.

(٢) عرفه البعض بأنه: خروج الطبيب في سلوكه علي القواعد والأصول الطبية التي يقضى بها العلم أو المتعارف عليها نظرياً وعملياً وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متي ترتب علي فعله نتائج جسيمة
تعريف الباحثة للخطأ الطبي: "تجاوز طبيب النساء والتوليد أو التخصيب الصناعي أصول القواعد الطبية المتعارف عليها بالموافقة على إجراء أو مشاركة عمليات تأجير الأرحام أو الاخلال باتخاذ الحيطة أثناء نزع أو غرس النطف الجنسية (حيوان منوي – بييضة) لزوجيها مما يتسبب معه خلط الأنساب أو تعطيل القدرة الإنجابية لصاحبة الرحم على لحساب الزوجين أصحاب النفوذ المالي".

(٣) أ.د/ محمد عبد الظاهر حسين: صور ممارسة المهن الحرة وأثرها علي مسئولية المهني – ص ٤٠.

بالإضافة إلى مدى خطورة الآثار المترتبة على العمل الطبي بصفة عامة وعملية تأجير الرحم بصفة خاصة لأن موقف الطبيب إذا أخل بالالتزام الواقع عليه سيكون مصدرها عقد العلاج الطبي مع أطراف العلاقة بصرف النظر عن نوع المسئولية سواء أن كانت عقدية أم تقصيرية, ويصرف النظر عن إبرام العقد الطبي أم لا, حتى ولو لم تتوافر مشروعية محل العقد الطبي نرى أنه ضرورة وقوع المسئولية المدنية بشقيها على خطا الطبيب الذي يمارس هذا النوع من العمليات, لأننا نهدف من وراء ذلك أن نضع ردعا أو عقابا يكون بمثابة زجر للطبيب على ألا يقبل على مثل هذه العمليات وأن يعيد التفكير أو النظر قبل الإقبال على ممارستها لأنه فى غالب الأمر يكون الدافع لجوء الطبيب إلى مثل هذه العمليات أنه قد تستهويه شهوة التجربة العلمية أو تحقيق انتصار علمي في مجال الطب, فيقدم علي إجرائها غير مبال بمراعاة الضوابط القانونية والشرعية اللازمة لمثل هذه العمليات, كما يجب أن يكون تدخل الطبيب منصرف إلى العلاج لا إلى غاية أخرى عن وظائف مهنته كقصد تحقيق الربح أو الشهرة. وليس هذا معناه أن نحاسب الطبيب على ربحه ولكن المسؤولية تثور إذا كان هذا الهدف المالي هو الدافع الوحيد وراء تدخله, مما يترتب عليه انتفاء الطبيب القصد العلاجي الأكثر ربحا بالنسبة له, وليست تلك الأكثر ملائمة لصحة المريض وحالته ومقتضيات شفائه.

وتأكيداً على ذلك أن القاعدة هي ألا يكون للطبيب أهداف غير العلاج, حيث يؤكد سيادته بأنه ينبغى أن يكون تدخل الطبيب موجها نحو غاية واحدة وهى العمل على شفاء المريض, ومن ثم فخروج الطبيب عن ذلك الهدف يخلع على فعله وصف العمل الطبي ويخضع للمسئولية الطبية للقواعد العامة إذا يضفى على فعله الصفة الإجرامية أن شكل مساسا بسلامة جسم الإنسان[1], ويسأل مدنيا لأن فى ذلك المساس ضرار يرتب للمضرور الحق فى التعويض.

فقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية, لأنه لا يمكن القول فى هذه الحالة بأن المريض

(١) P. Monzein) ،la responsebilite penale du medci ،R.se. crim. 1971.861. مشار إليه أد/ محمد حسين منصور – أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى – كلية الحقوق – جامعة اسكندرية - المسئولية الطبية ص ٥٦ – دار الجامعة الجديدة

قد اختار الطبيب لعلاجة حتى ينعقد العقد بينهما, كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها, لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التى يتبعها هي علاقة تنظيمية وليس علاقة تعاقدية, وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية طبيب المستشفى العام فى دائرة المسئولية التعاقدية

نحن لا نتفق مع الحكم السابق لمحكمة النقض, لأننا نجد أنه أخطا عندما خلع من على الطبيب المسئولية العقدية واقتصر عليه فقط المسئولية التقصيرية, وهذا للأسباب والتى ذكرها, التى منها اعتبار الطبيب إدارى ينطبق عليه قواعد الجهة الإدارية ونسى أن يضيف إليه الطابع الفني للمهنة وما تفرضه هذه المهنه من أصول مهنية, وبالتالي لا نرى وجاهة تشريعية فى جعلها مانع من موانع المسئولية العقدية عند خطا الطبيب, كما نرى أن الطبيب مسئول عن خطئه بموجب العمل الذي قام به أي الخطأ الناتج من الفعل ذاته وبالتالي تسال المستشفى بالتبعية له, لأن اختيار المريض للطبيب تابع للمستشفى ولا يفصل التبعية بينهما فى المسئولية فكلاهما مسئولان متضامنان أمام القانون ولو سلمنا جدلا بموقف القضاء الفرنسي إزاء نوع المسئولية الواقعة على الطبيب إلا وهى المسئولية التقصيرية.

وأخيرا وإتماما منا للفائده المرجوة نرى ان عمل الطبيب ليس من قبل أعمال الإباحة فى عمليات الرحم المستأجر لأنه لا شك من أن القصد من مزاولة العمل الطبي هو تخليص المريض من آلأمه وتخفيف معاناته بالعلاج.وتأكيداً لهذا الكلام فقد كتب إسحاق بن علي الرأوي[1] كتابه المشهور "آداب الطبيب" وهو يعتبر من الأعمال الفريدة التي اهتمت بالأخلاق العلمية في مجال الطب.

---

(١) وركز الدين الإسلامي على مراعاة حرمة المريض ومصلحته، وعلى حفظ الطبيب لأسرار المريض، فقال رسول الله ﷺ : "إذا دخلتم على المريض فنفسوا له في اجله فإن ذلك لا يرد شيء ويطيب نفسه". والقائل(هو أبو علي عيسى بن إسحاق بن زرعة بن مرقس بن زرعة بن يوحنا أحد المتقدمين في علم المنطق وعلوم الفلسفة والنقلة المجودين ومولده ببغداد في ذي الحجة سنة إحدى وسبعين وثلثمائة ونشأ بها وكان كثير الصحبة والملازمة ليحيى بن عدي. اشتهر بتدبير أكثر الأمراض التي كانت تعالج قديما بالأدوية الحارة إلى التدبير المبرد كالفالج واللقوة والاسترخاء وغيرها.

وهذا الشرط تطبيق لاستعمال الحق كسبب اباحة. ونرى فى عملية التعامل على الرحم ينتفى هذا القصد ويجرم الطبيب القائم بمساعدة أطراف العلاقة. لأن الفعل المرتكب غير مشروع حتى ولو ترتب عليه انجاب الطفل ورضاء جميع أطراف العملية. ومن ثم يظل الفعل خاضعاً لنص التحريم ويؤدي ذلك إلى قيام المسؤولية الجنائية للطبيب عن جريمة عمدية أو متجاوزة القصد بحسب الأحوال ولا يغير في هذه النتيجة رضاء المريض. لأن رضاءه في هذه الحالة لا يجرد الفعل من صفته الإجرامية. كما سبق وأن ذكرنا وهذا قياسا على دور الطبيب فى جريمة الإجهاض.

بالرغم من أن طريقة تأجيرالأرحام ضمن طرق الإنجاب الصناعى المستحدثة إلا أنها لا تعتبر ضمن العلاجات الطبيه المعتادة التى يمارسها الطبيب. ويرجع السبب فى ذلك إلى عدم الاعتراف القانوني والشرعى لهذه العمليات ووقوف القانون حجر عثرة في ممارسة الأطباء عموما لأتمامها وباقى أطراف العلاقة خاصة.

ولذلك تتجلى أهمية وضع العديد من الضوابط والقيود التى تمنع الأطباء من ممارسة عمليات المساعدة الإنجابية والجنوح بها عن الهدف المنشود. وخاصة أن هناك فئة من الأطباء الذين استباحوا لأنفسهم إجراء مساعدة طبية لنجاح عملية الإنجاب باستعانة رحم امرأة فى حاجة إلى المال بوضع نطف غريبة عنها دون رضاهم أو علمهم. وذلك أثناء خضوع هؤلاء المرضى لسيطرة الأطباء أثناء القيام بالعمليات الجراحية المختلفه. فيستغل الطبيب حالة المريض غير الواعية وينتزع منه ما يريده من أعضاء هو في حاجة إليها. ليزرعها لآخر محتاج لها رغبة في تحقيق الربح المادي الوفير.

وبالتالي فإذاً قام الطبيب بالاشتراك فى إتمام أو مساعدة عملية الإنجاب بطريق الرحم المستأجر سواء أكان بمقابل أو غير مقابل أوعلي سبيل التبرع وخروج مثل هذا التعامل من دائرة المعاملات والتصرفات القانونية حيث أن الأمر متعلق بحرمة الجسد الإنسانى.

[1] ويصنف الفعل الذى يصدر من الطبيب بشأن تلك المسالة بالتعدى أو الإعتداء فإن فعله هذا يقع تحت طائلة المسئولية الجنائية العمدية فضلا عن.

---

(١) A) Charaf El-Din: these, Paris, 1075, op.cit., p. 39. No. 60.

المسئولية المدنية في مجال التعويض المدني ولا يحول دون ذلك القول[1] برضاء صاحبة الرحم المستأجر وذلك لعدم الاعتداد بهذا الرضا من ناحية ومن ناحية أخرى لمخالفته للنظام العام[2] كما سبق وأن أشرنا.

ولهذا فإن موافقة صاحبة الرحم المستخدم لصالح الغير لا تعطي شرعية للعملية التي ليس لها هدف استشفائي ذلك أن مبدأ موافقة المجني عليه لا يكفي لكي ينفي المسئولية.

هذا وقد اعتنق القضاء المصرى نص المادة (٥١ من القانون ١٢٧ لسنة ١٩٨٠[3]) ورجح الجانب الاجتماعي للحق في سلامة الجسم فقضت (محكمة النقض في ١٩٣٩/٦/١٢) بأن جريمة الضرب أو الجرح تتم قانوناً بارتكاب فعل الضرب أو الجرح عن إرادة الجاني وعلم منه أن فعله يترتب عليه المساس بسلامة الجسم. فلا يؤثر في ذلك رضاء من وقع عليه الضرب أو الجرح[4]. وفي حكم آخر

---

(١) (A) Charaf El-Din: these ،op. cit. ،P. 61: "C'est done autour de l'idee de personne et de la Notion d'ordre public que les conditions de la validite et de la liceite d'un auord ayant pour objet la transplantation d'un oragane ،peuvent etre formulees".

(٢) د. أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ط ١ٹ٨٢ فقرة ٢٠ ص ٣٢ مطبعة الحضارة العربية والأحكام الشرعية للاعمال الطبية طبعة الكويت الفصل الأول استقطاع الاعضاء البشرية بغرض الزرع ص ص ٨٩ - ١٥٥.

Cases. Civ.: 4-2١٩٥٩ ، la sem jurid ،١١٠٤٦ ،١٩٥٩ ،Note Savatier.

A. Weill ،: Droit civil ،les obligations ،Paris 1971 ،P. 36.

R. Savatier: Traite de la Resp. Civil. T. 2 Paris 1951 ،No. 526 ،P. 92.

A.Charaf El-Din: These ،op. cit. ،N. 60 P. 39.

(٣) فإذاً لم تعترف بالصبغة الاجتماعية لسلامة الجسم لكان في مكنة كل فرد المساس بسلامة جسده بأي طريقة وتفريعا علي الصبغة الاجتماعية للحق في سلامة الجسم فإنه لا يعتد برضاء الشخص باباحة الأفعال المقترفة علي جسده ذلك أن الرضاء وهو تصرف قانوني لابد وأن يصدر ممن له صفة فيه حتى ينتج أثره فالرأي مستقر في مصر علي إنعدام صفة الفرد تجاه الأفعال الماسة بسلامة جسده من حيث الرضاء بها ذلك لأن رضائه وأن انتج أثره في الجانب الفردي إلا أنه يصطدم بالجانب الاجتماعي الذي يتغلب علي الجانب الفردي انظر في تفصيل ذلك د/ عصام أحمد محمد – الرسالة السابقة ص ٢١٧.

(٤) نقض ١٩٣٩/٦/١٢ – المجموعة الرسمية – السنة ٤١ – رقم ٧٦، ٩٠ من نفس المجموعة.

لنفس المحكمة في ١٩٤٦/٤/٨ قولها أن رضاء المصاب بما وقع عليه من ضرب أو جرح لا يؤثر في قيام الجريمة[1].

وعلى ذلك يتضح تجريم دور الطبيب فى أفعال الإعتداء دون مبررخاصة الفئة من الأطباء الذين استباحوا لأنفسهم الاستئصال الجراحي لأعضاء المرضى دون رضاهم أو علمهم وذلك أثناء خضوعهم للعمليات الجراحية رغبة منهم في تحقيق الربح المادي الوفير. وكذلك يتوافر عنصر التجريم فى عمليات الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام وذلك لعدم توفر الضرورة العلاجية مما يجعل مرتكبها فى دائرة التجريم.

وجديربالذكر لا يجوز الاخذ بمعيار الضرورة, وذلك لعدم توافرشروطها, ومنها وجود خطر جسيم حال كان يقضي الطبيب علي الجنين إنقاذاً لحياة الأم في ولادة عسرة[2] وهو ما لا يتوافر في حالة إستخدام الأرحام لصالح الغير.

فقد بات علينا لازما أن نتناول فى وضع حد لتلك الأنشطة الخبيثة التى يمارس الغالب منها من خلال الأطباء, وذلك عن طريق تشكيل لجنة طبية قانونية فقهية على المستوى العالمى, ويكون من مهامها الاساسية دراسة هذه القضية المستجدة بشكل مستفيض، من الجانب الطبى ومن الجانب الشرعى مستنبطة الأثار التى سوف تترتب عليها, لأن هذا سوف يساعدها على بناء رأى كامل دون الانحياز إلى أي إتجاه شريطة ألا يناقض رأى هذه اللجنه رأى الشريعة الإسلامية.

ويرجع السبب إلى إهتمامنا بأهل الطب وجعلهم محور الموضوع, إلى أن الطبيب فى الغالب يكون طرفا من أطراف العلاقة التى تنشأ من خلالها عملية إستخدام الارحام الأرحام وذلك بعد أن انتشرت مسألة تأجيرالأرحام فى العالم

---

(١) الطعن رقم ٦١١ السنة ١٩ ق جلسة ١٩٤٦/٤/٨.

(٢) تعديل آخر للمادة السابقة وقبل أن يجف مداد التعديل السابق وذلك بإضافة فقرة إلى تلك المادة رقم ١٥٦ لسنة ١٩٩٧ جاء فيها "ويشترط لتطبيق العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة أن يقع الفعل المشار إليه من الطبيب خلسة". ولقد أثار هذا النص التساؤل عما إذا كان المشرع قد أراد بهذه الإضافة تعطيل مادة التجريم عن التطبيق كلية بالنسبة للطبيب إلا في حالة انتزاع العضو خلسة من المريض بمعنى أن الطبيب إذا لم ينتزع العضو خلسة من المريض فهل يعاقب بالعقوبة الواردة في صدر الفقرة الأولى وهي السجن من ثلاث إلى خمس سنوات أم يعفى من العقاب؟

الغربى عامة والعالم العربى خاصة فأصبح الطبيب مسئولا بصفته طرف من أطراف العلاقة امام هذه المستجدات والقضايا لأن لولا مباشرته للعملية لما تمت أو نجحت.

وفى هذا يتضح أن علم الطب بفضل ما فتح الله من التعرف علي أسرار الكون ومنها النفس البشرية لم يعد يقتصر علي العلاج التقليدى، بل أصبح أكثر فعالية بفضل هذه النوازل المستحدثة، فأصبح العلاج بطريق نقل الأعضاء من إنسان لآخر، وشتل الجنين، وغير ذلك أمرا ميسورا.

ونرى من جانبنا ضرورة الإسراع فى تفعيل القواعد القانونية والفقهية على النوازل الطبية المستحدثة، وضرورة تعاون الأطباء مع الفقه القانونى والفقه الشرعى للتعرف علي الحكم الواجب التطبيق لأن المشكلة هنا تنحصر فى صعوبة التصرفات الطبية الحديثة التى لا تستهدف العلاج ومن ثم يتوجب إيجاد سند قانوني لحظر هذه التصرفات.هذا بالإضافة إلى.. ....

وانطلاقا مما سبق يتبين لنا عدم إباحة مثل هذا النوع من العمليات وخضوع الطبيب القائم بها تحت وطأة المسئولية الجنائية العمدية، وذلك لأن مثل هذا النشاط يعد مخالفاً للنظام العام[1].

المطلب الرابع

علاقة الأطراف بالطبيب والمستشفى

عقد من نوع خاص

هل يمكن تكييف العلاقة العقدية بين الطبيب وأطراف علاقة الرحم المستأجر على أنها عقد غير مسمى له طبيعة خاصة.

---

(١) د. أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ط ١٩٨٢ فقرة ٢٠ ص ٣٢ مطبعة الحضارة العربية والاحكام الشرعية للاعمال الطبية طبعة الكويت الفصل الأول استقطاع الاعضاء البشرية بغرض الزرع ص ص ٨٩ - ١٥٥.

Cases. Civ.: 4-2 1959, la sem jurid, 11046, 1959, Note Savatier.

A. Weill, : Droit civil, les obligations, Paris 1971, P. 36.

R. Savatier: Traite de la Resp. Civil. T. 2 Paris 1951, No. 526 ،P. 92.

A.Charaf El-Din: These,op. cit., N. 60 P. 39.

ذهب البعض إلى القول[1] بأنه يجب أن يصنف عقد إستخدام الأرحام لصالح الغيرعلى أنه عقد من نوع خاص ويرجع السبب فى ذلك لاختلاف موضوعه عن العقود الأخرى. فهو عقد غير مسمي يخضع فقط للقواعد العامة التي تحكم بالاتفاقات والعادات التي تسير عليها المهن الحرة.. واستشهادا على ذلك ما ذهبت به محكمة النقض الفرنسية حيث أخذت بالرأي السابق فقالت في حكم لها في ١٣ يوليو سنة ١٩٣٧ م " أن الإتفاق المبرم بين المريض والطبيب الذي يقدم مساعدته وجهوده لا يمكن أن يوصف بأنه عقد استصناع. بل أنه عقد من نوع خاص[2] وتظهر أهمية هذا الخلاف في ماهية أحكام العقد الواجب التطبيق،

وعلى ضوء ما سبق وبناء على التطور الحديث في مجال التخصيب الصناعي عامة وتأجير الأرحام على وجه الخصوص الذي هو مدار بحثنا فقد أصبح للتعامل على الرحم ذاتية خاصة يجب أن تنتظم بقواعد خاصة وأن كانت قريبة الشبه – أصلا من عقد الإيجار فى القانون المدنى والجعالة كما سبق وأن ذكرنا خاصة فيما يتعلق بالأركان الواجب توافرها والأحكام الخاصة بالتضمين في الفقة الإسلامي والتي يعبر عنها في القانون المدني بالتعويض خاصة وأن الفقهاء – كما سبق – متفقون علي تضمين الطبيب في حالة التعدي – أي الخروج علي ما تقتضيه أخلاقيات المهنة وواجباتها.

[3]الأمر الذي يوجب إلحاق قواعد وإحكام خاصة بطبيعة العقد بالإضافة إلى خضوعه فى الأصل لأحكام القواعد العامة لنظرية العقد هذه الظاهرة التى أصبحت أمامنا أمرا واقعا.

---

(١) د/ عبد الرشيد مامون عقد العلاج ص١١٥ وما بعدها

(٢) المرجع السابق ص١١٨

(٣) مغني المحتاج ج٤ ص٧١ وجاء في مغني المحتاج: " حادثة سل ابن الصلاح عن رجل أرمد أتي امرأة لبادية تدعي الطب لتداوى عينه فكحلته فتلفت عيناه فهل يلزمها ضمانها؟ فأجاب: أن ثبت أن ذهاب عينيه بتداويها فعلي عاقلتها ضمانها، فإن لم تكن فعلي بيت المال، فإن تعذر فعليها في مالها إ أن يكون الأرمد إذن لها في المداواة بهذا الدواء المعين فلا تضمن ".
ولا مانع من الأستعانة بأهل الخبرة بتقرير ما إذا كان الضرر الذي حدث للمريض بسبب خطأ الطبيب أم لا كما جاء فيفي معين الحكام سابقاً، ويلاحظ أن مراد الفقهاء بالتضمين هنا: هو موجبات ما دون النفس من دية أو نصف دية أو أرش.. الخ وفقا =

رأى الباحثه:

ما مدى تكييف عقد تأجير الأرحام على عقد العلاج؟ وهل لو صح ذلك باعتبار أن تأجير الأرحام أصبح سياسة أمر واقع سيكون العقد له طبيعة خاصة؟

ومن خلال العقود التى طرحناها سابقا محاولين مدى تطبيقها أو تكييفها على الوصف القانوني للعلاقة بين الطبيب وأطراف علاقة الرحم المستأجر؟ فقد استبان لنا إمكانية إدراج أطراف علاقة الرحم المستأجر إلى عقد العلاج مع الاحتفاظ لهذه العلاقة بطبيعة خاصة. ونقصد بالطبيعة الخاصة لإضفاء الأحكام التى تنقصه حتى يصل إلى مرتبة عقد العلاج بجميع أحكامه.

وانطلاقا مما سبق نعتقد أن عقد العلاج الطبي يعد شاملاً لكافة ما ينشأ بين الأطباء والمرضى من علاقات واتفاقات تتعلق بإجراء الأعمال الطبية علي جسم المرضى. ومن ثم فقد كان من الطبيعي أن يختلف مضمون عقد العلاج من حالة لأخرى بحسب طبيعة المرض ونوع العلة والداء. وبناء علي ذلك يمكن القول بأن عقد العلاج الطبي في حالة عملية تأجير الأرحام يتخذ مضموناً آخر وأن اقترب في الشكل عقد العلاج الطبي بصفة عامة

مما هو جدير بالذكر إنه قد اعتاد الفقه بصفة عامة عند عجزه عن إلحاق أي عقد من العقود الجديدة على أثر المستحدثات والنوازل الطبية وبين إحدى

=

للنتيجة التي ترتبت علي الفعل، فمثلاً قالوا بأن في ذهاب العينين دية أي دية من جنبي عليه، وفي ذهاب إحداهما نصف دية وعلي هذا لو أذهب الطبيب المعالج بخطئه إحدي العينين فإنه يلزمه نصف دية وهكذا وقد سبق الحديث عن ضمان الطبيب غير الحادق أو غير المأذون له، وما ذكره ابن القيم في ذلك يفي فلا داعي لتكراره.

جاء في معين الحكم: مسالة: الكحال إذا صب الدواء في عين رجل فذهب ضوؤها لا يضممن كالختان إذا غلط، فإن قال رجلان: أنه ليس بأهل، وهذا من خرق فعله وقال رجلان: هو أهل لا يضمن فإن كان في جانب الكحال واحد وفي الجانب الآخر اصنان ضمن".

وجاء فيه أيضاً: "مسألة: حجام قال لآخر لأن في عينيك لحما أن لم تنزله عسيت عينيك فقال: إنا أزيله عنك، فقطع الحجام لحما من عينه وهو ليس بحاذق في هذه الصنعه فعميت عين الرجل يلزمه نصف الدية".

العقود المسماة التى زينها القانون بأحكام وقواعد رغم كون هذه الاتفاقات الجديدة لا تندرج فى الطائفة العقود المسماة وعندئذ يحاول أن يضفى على هذا الإتفاق صفة الطبيعة الخاصة بدل من أن يحاول توليف وتكييف أوجه الاختلاف التى واجهته بإضفاء انتساب أحد العقود المسماة فى تسمية هذا العقد.

ومما لا شك فيه أن الحكمة من مقصدنا حول أدراج هذه العلاقة تحت عقد العلاج الطبي ليست راجعة إلى تأييدنا إلى عملية تأجير الأرحام. ولكن نقصد من وراء تكييفها محاولة وضع نظام لأطراف العلاقة حتى نستطيع من خلال هذا النظام وضع لجام للسيطرة على هذه الظاهرة.

وخلافا لما ذهب أصحاب الرأي السابق عن تكييف عقد تأجير الأرحام عقداً من نوع خاص فإننا نؤيد الاتجاه القائل إضفاء السمة الطبية على طبيعة التعامل على الأرحام واندراجه تحت عقود العلاج وندعم رأينا بالأسانيد الآتية :

أن الدفع بوجود الفروق الشاسعة بين عقد العلاج الطبي وعقد الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام هو دفع غير ذي سند. فالهدف الذي يريده أطراف العلاقة من اللجوء إلى هذه العملية هو الإنجاب. ولذلك لا يمكن أن ننكر صفة الأعمال الطبية التى تتعلق بهذه العملية من وجود طبيب تخدير وأشعة وتخصيب ونساء وتوليد وغيرهم من المتخصصين فى هذا المجال. فغاية الجميع تتجه إلى علاج العقم وفقا لما استقر عليه الفقه والقضاء فى إلتزام الطبيب ببذل العناية لا يعنى ذلك أن يكون الالتزام بنتيجة. بل يكون مضمون هذا الالتزام بعدم تعرض المريض للخطر هذا فى الحالات المرضية المعتادة. ولكن بالنظر إلى التقدم الطبي الحديث وما أحدثه من تطورات فى المجالات الطبية نرى أن ضرورة وجود استثناء على درجة إلتزام الطبيب بالعناية هنا لامانع بأن يكون الالتزام ببذل عناية على العملية كلية أو بصفة عامة. أي لا يلتزم الطبيب بالنتيجة المهم هو بذل العناية المطلوبة لسلامة الأطراف، ولكن فى ظل التقدم لتكنولووجى الحديث يترتب عليه تعرض المريض للأشعة بدرجة كبيرة مما يستدعى تعرضه بتركيات أكبر من السابق وأحيانا تعتمد العملية كلية على أشعة الليزر حتى أنه يستغنى عن وجود الجراحة ولايوجد أثار لها مما يستدعى إثقال المسئولية على الطبيب ببذل عناية ونتيجة ليست النتيجة التى نقصدها نتيجة العملية من نجاح أو فشل ولكن

المقصود هنا ببذل العناية ونتيجة أي السلامة أثناء سير العمليه من جراء ما يستعمل من أدوات أو أجهزة طبية أو ما يعطيه من أدوية.

وبالنظر إلى خطورة وحساسية واتصال هذه العملية بنوع من الالتزامات التى تقع على عاتق الطبيب يفترض أخذه التدابير اللازمة حتى لا يتسبب فى نقل مرض أخر لصاحبة الرحم عن طريق العدوى بإضافة إلى أنه يفترض على الطبيب التأكد من خلة رحم الأم بالرحم من البييضات بعد الشفط وذلك لبراءة الرحم وكذلك تأكده من عدم اختلاط النطف بغيرها أثناء التخصيب وقبل الزرع فى الرحم بالإضافة إلى أنه أحيانا تنعقد المسئولية الطبيب أو المركز عن الحادث الذي يمكن أن يقع أثناء الرفع **prelevement** خاصة عند الحصول على البييضة الأمر الذي يستدعى عملية جراحية كاملة بتخدير كلى أو أثناء الزرع **implantation** أو التلقيح **insemination** ونحن هنا نكون بصدد عمل طبي **acte medical** يقدر حسب القواعد العامة فى المسئولية الطبية.

ومن ثم فإن هذه الممارسة تلقى على الطبيب مسئولية خطيرة تتلخص فى حماية أطراف العلاقة من الاضرار فلو ترك الموضوع على الغالب بمعنى لو صنف العقد على أنه من نوع خاص سوف يفتح من خلال ذلك ثغرات للتهرب من المسئولية القانونية.

رغم عدم تأييدنا لمثل هذه العملية وذلك لعدم مشروعية محل الالتزام المرأة صاحبة الرحم المتمثلة فى تسليم الجنين للأبويين البيولوجيين وعدم مشروعية سبب العقد إلا أنه محل إلتزام الطبيب هو بذل العناية اللازمة رغم مخالفة هذا العمل الشرع وأصول المهن الطبية إلا أن محل إلتزامه مشروع. كذلك نرى أن موقف الطبيب القائم بعملية تأجير الأرحام مشابه إلى موقفه فى عمليات الإجهاض.

وفى هذا الشأن اجتزى بأن أوصى بإنشاء مجلس وطني لأخلاقيات تطبيق العلوم الطبية تعتمد مهامه على كيفية توجيه وتقديم الآراء حول مواضيع الإنجاب الصناعي والنوازل الطبية بصفة عامة وكل مناهج العلاج التى يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي والأخذ بعين الاعتبار حماية السلامة البدنية لجسم الإنسان. ولا نقصد أو نهدف من إنشاء المجلس الاعتماد عليه كلية

بل نقصد أن يقوم دوره فى حدود التوجيه والإرشاد وإبداء الرأي باعتبار ما لـه من أحقيه تخصصية للعلوم الطبية وليس الفصل والبت فقط.

وخلاصة القول نرى وجود تقارب بين عملية تأجير الرحم والأعمال الطبية لكونها تقع فى صميم المسائل الطبية الفنية وترتبط بالتزامات الطبيب الأساسية مما يضفى عليها صفة العمل الطبي رغم عدم مشروعية المحل مما يخلع على عملية إستخدام الأرحام ضمن عقود العلاج الطبي ومغزى رأينا هذا ليس لأهمية هذه العملية ونسبها إلى العمل الطبي بل لكونها عملية خاصة بتقنية الطب وبالتالي قبول خضوعها إلى الرقابة الطبية لأهمية ما ترتبه هذه العملية من آثار وهو ميلاد طفل له حقوق الإنسان الطبيعى الأمر الذى يحتم علينا ان نقوم بدراسة المركز القانونى للأطراف فى الفصل التالى.

الفصل الثانى
المركز القانونى للأطراف
(حقوق والتزامات الأطراف)

في النسب عدة حقوق تتعلق بحق الأم وحق المولود وبحق - الله تعالى - . ويتمثل حق الولد[1] ويستجد علينا هنا حقا اخر نتيجة للتطورات الحديثة التى اظفر عنها الانجاب بنطف الغير وبالتالى اصبح للغير حقا بموجب ما اودعه من نطفة, هذا من ناحية, ومن ناحية اخرى حق المولود فى أن يجد أبا يرعاه وينفق عليه, فإذا ثبت هذا الحق فأنه لا يجوز لمن لحق به إسقاطه وفيه حق للام لأنها تعير بولد لا أب له[2] وفيه حق للأب لينفق عليه الولد إذا احتاج وليدعوا له إذا صلح ولأنه زينة الحياة بالنسبة له كما في قولة تعالي : (المال والبنون زينه الحياة الدنيا). كما أن في النسب حقا لله تعالي لأن في صلة حقا لله عز وجل[3]

– ومما لا شك فيه – يعتبر الصغير ماثلاً فى دعوى النسب وأن لم يظهر فى الخصومة باسمه, ولا تملك الأم إسقاط حق وليدها فى هذا المجال، فان الدعوى التى ترفعها الأم أو الغير بطلب ثبوت نسب المولود، يعتبر الأخير ماثلاً فيها، وأن لم يظهر فى الخصومة باسمه، لنيابة مفترضة فى جانب رافعها، لما ينطوي عليه من حق للخالق، ونحن مع الرأى المؤيد لصحة أن ترفع به الدعوى حسبه[4] وذلك لتعلق هذه الدعوى بحق الله تعالى كما أسلفنا وبالتالي تعلقها بالنظام العام.

وجديرا بالذكر القاعدة هى عدم إجازة التصرف في النسب بأي وجه من الوجوه أو التنازل عنه للغير، فلا يكون محلا للبيع ، لأنه ليس بمال، ولا يكون محلا للهبة والصدقة والوصية كما أنه لا يجوز تجزئته ومن منطلق ذلك سوف نقوم بدراسة لحقوق (المرأة صاحبة الرحم المستأجرو يليها حقوق أصحاب النطف

---

(١) ابـن عابـدين جـ٢ ص٦١٦ – ٥٩٢ - / البـدائع ج٣ص٤٧/ نهايـة المحتـاج ج٧ ص١١٦/ المغنى ج٧ ص ٤٢٤

(٢) جواهر الاكليل جـ٢ ص٣٤٢ نيل المآرب جـ٢ ص ٢٧٠

(٣) المجلي جـ٤ ص٣٢٢، ٣٢٣

(٤) طعن رقم ٧ لسنة ٤٤ق جلسة ٣١/١٢/١٩٧٥.

البيولوجية من خلال إلتزامات صاحبة الرحم واخيرا مدى إمكانية تطبيق الجزاء المدنى على مخالفة أطراف علاقة الرحم لشروط العقد وهذا من خلال المباحث التالية.

المبحث الأول

حقوق المرأة صاحبة الرحم

التزام أصحاب النطف البيولوجيية بدفع مقابل المنفعة لصاحبة الرحم المستأجر (الحامل للحمل):

وبالرغم من أن جميع طرق الاخصاب غالية فقد ظهر العديد من الجدل فى نظام القانون الأمريكى حول استخدام عملية نقل الأرحام. لأنها تشمل استخدام طرف ثالث لخلق طفل ومن ثم تتطلب تكنولوجيا متقدمة للغاية[1]، وعملية نقل الأرحام متاحة فقط للأغنياء. ويجادل معارضوا عملية نقل الأرحام إنه لا يُسمح بالممارسة وأي من هذه التعاقدات المعلنة باطلة بسبب حقيقة أن عملية نقل الأرحام تكون فقط متاحة للأثرياء والسيدات الفقراء أو ذوات البشرة الملونة يوافقن على العمل كبدائل بسبب المصاعب المالية.

وهناك اعتبار اقتصادي أخريشكل مشكلة كبيرة، وهو أن التأمين لن يغطي الطرق وخصوصا عملية نقل الأرحام عموما[2]، وبالإضافة إلى ذلك فإن العديد من شركات التأمين – في محاولة للسيطرة على التكاليف- بادرت بشروط الحاجة الطبية والأزواج من نفس الجنس الذين يسعون لاستخدام عملية نقل الأرحام لحمل طفل الذي يُرفض في تغطية التأمين حيث إنهم لا يعانون من العقم طبيا[3].

على الرغم من التحديات الاقتصادية فبعض المؤيدين لعملية إيجارالرحم يجادلون بأن المبادئ القانونية والاقتصادية تكمن وراء تعاقدات ايجار الأرحام مثل آخرين.

---

(١) See R.R. v. M.H., 689 N.E.2d 790, 796 (Mass. 1998).

(٢) Id.

(٣) (citing generally Richard A. Posner, the Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood, 5 j. contemp.health L.& pol'y 21 (1989)).

ويظهر تطبيق هذه النظريات أن أطراف تعاقد نقل الأرحام يدخل حيز التنفيذ حيث أن التعاقد الذي يقوم بالخيارات العقلانية ومعظمها غالبا يُستمد من تحليل المخاطرة/ الفائدة. وأكثر من ذلك فإن رؤية اختيار البديل لحمل طفل كخيار غير عقلاني تغذيه المشكلات الاقتصادية الأليمة. ومؤيدو النظرية الاقتصادية التي تكمن في تعاقدات نقل الأرحام يجادلون بأن الأم البديلة تستحق الأجر لمدة تسعة شهور لحمل الطفل وستجتاز إجراءات طبية كثيرة. وبموجب هذه الرؤية تقوم الأم البديلة باتخاذ القرار العقلاني حيث الأموال التي تستقبلها أكبر استفادة عن المخاطرة التي ستجتازها. وبشكل مشابه فيعتقد الآباء المقصودون أن الاستفادة التي سيستقبلونها تستحق أكثر من الأموال التي سيدفعونها

وعلى الرغم من أن المعارضين لهذا القانون ومنهج الاقتصاد لتعاقدات نقل الأرحام يجادلون بأن الطفل هو الطرف الثالث غير الموافق للتعاقد الذي لا يتلقى أي فائدة، ويرد المؤيدون بأن الفائدة للطفل هي كونه يُولد عموما[1].

كما يرى بعض من الفقه[2] أن عملية تأجير الرحم فى أغلب الأحوال تكون بدون مقابل أى طوعا أو تبرعا. ومن ثم تنتقي فكرة مقابل المنفعة وهذا بخلاف عقد الإيجار فى القانون المدنى. فإذا أنتفي المقابل الماضى أى الأجرة خضع لحكم الفسخ.

ومع التسليم بوجود المقابل وخاصة فى الدول التى تمارس وتنظم مثل هذه العمليات[3] في عقد الحمل بتأجير الأرحام. إلا أنه يختلف مع المقابل في عقد

---

(١) See Johnson v.Calvert, 851 P.2d 776(Cal. 1993).

(٢) د.ممدوح خيري هاشم المرجع السابق ص٢٥٤

(٣) حيث يوجد فى الواقع قانون إستئجار الأرحام فى أمريكا، وتنظم من خلاله بعض المسائل القانونية المتعلقة بهذا العقد، مثل تحديد حقوق الطفل، وحقوق الوالدين، وطريقة الدفع للأم المستأجرة، بالإضافة إلى تنظيم مسألة تأمين الرعاية الصحية، ويجب أن يتضمن عقد إستئجار الأرحام فى أمريكا البنود التالية:

١- تحديد مسئولية الزوجين بالنسبة للإلتزامات المالية.

٢- التأكيد على ضرورة إجراء تحليل للأمراض الوبائية (الكبد الوبائى) كجزء من الفحص الطبى الشامل.

٣- التأكيد على ضرورة إجراء فحوصات نقدية تشمل كل الأطراف المعنية.

٤- تحرير عقد ملكية ينظم التصرف بالنسبة للجنين تبعاً لهذا العقد. ــ

٥- تحديد الوقت الذى يقرر فيه الطرفأن بدء تاريخ الإيجار من أجل الحمل.

=

الإيجار. أما بالنسبة لعقد تأجير الرحم فمن غير المتصور أن يحدد المقابل علي قدر قيمة المنفعة التي ستعود علي الأبوين البيلوجين من هذا العقد حيث أن المنفعة التى ستعود عليهم هو مولد الطفل الذى يرجى وجوده ومن ثم فإن محل الانتفاع في كلا العقدين مختلفا فى طبيعته فهو رحم المرأة المستأجر للحمل في عقد تأجير الرحم وفى عقد الإيجار المدنى المحل أى الشئ المؤجر عبارة عن عقار أم منقولا يخضع عقد الإيجار فيه لحكم الفسخ عند إخلال المستأجر بالوفاء بالتزامه في دفع القيمة الإيجارية ولا يتصور علي فرض قبول انطباق مفهوم الإيجار علي الانتفاع بالرحم أنه يمكن إخضاع عملية تأجير الرحم للإنهاء وذلك بإجهاض الحامل نفسها نتيجة عدم وفاء الزوجين بالأجرة المستحقة لها.

هذا بالإضافة إلى أنه لا يمكن اعتبار المقابل واحد في كلا العقدين من ناحية. ومن ناحية ثانية فبالنسبة للأب البيولوجي فان القول بجواز تطبيق احكام عقد الإيجار علي مثل هذه التصرفات يؤدي إلي إلزامه بسداد مقابل خضوع الأم المستأجرة لهذه العملية وهو ما يطلق عليه مقابل الانتفاع[1] وهذا علي خلاف ما يراه البعض[2] بأن عقد تأجير الرحم هو عقد إجارة للأشخاص أو الخدمات.

إلا أن مجرد وجود لفظ المقابل المادى فى كلا العقدين لا يؤدى بالضرورة بأنهما واحد. لأن كل عقد له مفهومه وخصائصه والأثاره المميزة له، ومن ثم يعد هذا من ضمن الأسباب عدم إدراج عقد تأجير الأرحام تحت عقد الإيجار لإختلاف الطبيعة القانونية لكلا العقدين.

=

- ٦- التأكيد على أن كل الوثائق والسجلات سيتم الإحتفاظ بها كمعلومات يمكن اللجوء إليها فى وقت لاحق ولأسباب طبية.
٧- تحرير عقد بين الطرفين يتعلق بتنظيم مسألة التأمين الصحى ودفع أقساطه.
٨- مطابقة الطرفين بالإحتفاظ بالسجلات الطبية لحين الحاجة إليها.
٩- تحديد قانون الولاية الذى سيخضع له الطرفان للتقاضى حين اللزوم.

لمزيد من التفاصيل راجع الموقع الإلكترونى :

* Sourrogate mother information ،center for surrogate parenting inc.
* http://www.creating families.com/info.html.

(١) د. حبيبة سيف سالم المرجع السابق ص٣٤٩

(٢) د. ممدوح خيري هاشم المرجع السابق ص٢٥٠ واشار الي Ibid.op.cit ، p117

هل يحق لصاحبة الرحم المتعامل عليه رفع دعوى على الأبوين البيولوجيين عند إخلالهم بعدم تنفيذ مستحقاتها المالية المتفق عليها فى عقد ايجارالرحم أم أنه ليس لها الحق فى رفع هذه الدعوى باعتبار أن هذه المستحقات كسب غير مشروع؟

بناء على رأى الحكم الشرعى لهذه العملية الذى ثبت بالاستقراء أنها حرام, تحدث الفقهاء في حكم أجر المنفعة المحرمة وذهب الجمهور إلى حرمة أخذ الأجرة علي الإجارة المحرمة.

الحنفية:

قال الكسائي: (ومن استأجر حمالاً يحمل له الخمر يصيب له الأجر في قول الأمام أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يكره لهما أخذ الأجرة لأن هذه إجارة علي معصية ولأن حمل الخمر معصية لكونه إعانة علي المعصية.

وقد قال الله عز وجل: [وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ]"[1] ولهذا لعن الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمولة إليه, ولأبي حنيفة أن نفس الحمل ليس بمعصية بدليل أن حملها للإراقة والتخليل مباح وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب, لأن ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب فكانت سبباً محضاً فلا حكم له كعصر العنب وقطفه, والحديث محمول علي الحمل بنية الشرب وبه نقول أن ذلك معصية ويكره أكل أجرته)[2].

وأرى أن حامل الخمر يشجع علي شربه ويتعاون علي هذه المعصية لذلك يكره أخذ الأجر علي المعصية أو علي المنفعة المحرمة.

المالكية:

قال محمد المغربي المالكي في مواهب الجليل: (والحرام أن يؤاجر نفسه منه فيما لا يحل من عمل الخمر أو رعي الخنازير فهذا يفسخ قبل العمل فأن فات تصدق بالأجرة علي المساكين)[3].

الحنابلة:

قال إبراهيم الحنبلي في المبدع: (يجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة والمنفعة المحرمة مطلوب عدمها وصحة الإجارة تنافيها إذ المنفعة المحرمة لا

(١) سورة المائدة الآية ٢.
(٢) بدائع الصنائع / ج٤ / ص ١٩٠.
(٣) مواهب الجليل / ج٥ / ص ٤١٩.

تقابل بالعوض في البيع فكذا في الإجارة كبيع الخمر لأنه فعل محرم فلم تجز الإجارة عليه، ويكره أكل أجرته ولا يحل أخذ الأجر عليه)[1].

ولما أصدر المجمع الفقهي في أسلوب الرحم الظئر قرار التحريم، ترتب علي هذا القرار حرمة أخذ الأجرة بدل الحمل، لأن المنفعة محرمة، وما بنى علي باطل فهو باطل، ولما كان أسلوب إجارة الأرحام محرماً عند بعض المذاهب كانت مقدماته محرمة أي دفع النقود وأخذها لذلك يؤثم دافع النقود لأنه أنفقها في وجه غير شرعي ويحرم أخذها لأن الآخذ قد أخذ أجره علي منفعة محرمة.

أما بالنسبة الى إلتزام المستأجر برد الشئ المؤجر بنفس الحالة التى تسلمها من المؤجر عند بداية العقد

الفيصل هنا فى الحيازة فكيف يعقل أن يلتزم المستأجر بتسليم الشيء المؤجر (محل الإيجار) إلى المؤجر وهو عضو الرحم وهو لم يتسلمه من الأصل.

فهذا أمر متصور بالنسبة لعقد الإيجار حيث يتم تفحص الشئ المؤجر من قبل المؤجر بعد نهاية عقد الإيجار وتحديد ما إذا كان على الحالة التى تسلمها عليها المستأجر من عدمه، فالأمر واضح ولا يحتاج لخبرة معينة لأن المؤجر هو أفضل شخص فى تفحيص الشئ المؤجر أما الرحم محل الاتفاق لم ينتقل من المؤجر إلى المستأجر بل مازال الشئ المؤجر (الرحم) فى حوزة المؤجر لم يفقد السلطة المادية والفعلية عليه، وذلك بخلاف الحال فى عقد الإيجار. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فمن أين يتسنى للمستأجر معرفة أن الشئ المؤجر مازال بالحالة التى كان عليها عند التعاقد. وأن كان ذلك متصوراً عقلاً لحظة انعقاد العقد وإخضاع السيدة المتطوعة بالحمل للفحوصات الطبية المختلفة وذلك لتأكد المستأجر من صلاحية الشئ المؤجر للانتفاع به، فمثل هذه الفحوصات لن يقوم بها المستأجر مرة أخرى بعد قيام صاحبه الرحم المستأجرة بوضع المولود. لأن ذلك لن يفيد المستأجر. لأنه حصل على المنفعة الكاملة من الشئ المؤجر ولا يهمه بعد ذلك صلاحية الشئ المؤجر للانتفاع به بعد ذلك من عدمه.

---

(١) المبدع / ابراهيم بن محمد الحنبلي / ٨٨٤ت / ١٠ أجزاء / المكتب الإسلامي / بيروت / ١٠٠ هـ / ج٥ / ص ٧٤.

ونضيف على ما سبق أن أتفاقات التعامل على الأرحام البديلة لا تتوافر فيها أركان العقد الصحيح لوجود الجهالة والغرر[1].

والغرر في عقد الرحم المؤجر ظاهر في المعقود عليه وهوالجنين في الرحم وتتوافر شروطه على النحو التالى كألاتى :

- ليس معروفاً أذكر هو أم أنثى.
- مواصفات وأوصاف الجنين مبهمة.
- حياة الجنين غير مضمونة.

وإذا كان الغرر موجوداً في أصل المعقود عليه يوجب حينئذ بطلان وفساد العقد. وكذلك فإن المعقود عليه وهو الجنين يعتبر حراً ولا يصح التعاقد علي الشخص الحر بالمال أو الهبة.

واخيرا يترتب على ذلك:

١- حرمة أخذ الأجرة من الزوجين أو الراغبين بالإنجاب لأن العقد محرم ومقدماته أيضاً محرمة.

٢- حرمة أخذ الأجرة في الإجارة المحرمة.

٣- الشرع جعل شرط استحقاق الأجرة في العمل الطبي الإذن فيما فعله شرعاً لذلك لا يجوز أخذ الأجرة من منفعة محرمة.

المبحث الثاني

إلتزامات صاحبة الرحم

مما لا شك فيه أن الالتزام الرئيسي الذي يلقيه عقد الرحم المستخدم علي عاتق صاحبة الرحم هو التزام بتمكين أصحاب النطف من الانتفاع بالعين المؤجرة

---

(١) وبيع الغرر هو البيع الذي فيه خطر انفساخه بهلاك المبيع وما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا/ هذا وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وهو مثل بيع السمك في الماء والطير في الهواء وكذلك نهى عن بيع العريان بيع العربان: أن يشترى الرجل العبد أو الدابة فيدفع إلى البائع دينارا أو درهما على أنه إن تم البيع كان من ثمنه وإن لم يتم كان للبائع.
لما فيه من الغرر. (التعريفات / علي بن محمد بن علي الجرجاني / ٨١٦ت / جزء واحد / دار الكتاب العربي / بيروت / ١٠٥ هـ/ ط١ / ص ٦٩).

وهى الرحم[1]. وبتطبيق ذلك حول مسئولية صاحبة الرحم المستأجر فى سلامة جسدها ككل وليس لرحمها فقط كالتزام المالك لسلامة العقار ككل وليس كل وحدة على حدة وكذلك بتطبيق (نص الماد١٣٢) من القانون المدني المصري " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطل على عقد الرحم المستأجر فلايوجد إستحالة لالتزام صاحبة الرحم بتسليم الطفل حيث ينحصر محل التزامها فى تسليم الطفل وليس تسليم الرحم لاستحالة ذلك. لأنه لا يعد من الأشياء ولكن الذى يجعل الالتزام مستحيلا من وجهة نظر الشريعة الإسلامية هو عدم مشروعية محل الالتزام.

ويستفاد مما سبق أن الاستحالة فى التنفيذ[2] هنا لا تمنع من قيام الالتزام. لأن العمل وأن كان مستحيلا بالنسبة للمتعاقد إلا أنه ليس مستحيلا بالنسبة لغيره. ولذا ينشأ الالتزام صحيحا ويجب علي المدين أن يعوض وانطلاقا مما سبق وأن اشرنا حول محل الالتزام هناك فرق بين إستحالة محل الالتزام واستحالة منفعة الرحم حيث أن محل المنفعة هنا وهو رحم المرأة يندرج تحت الاستحالة المطلقة باعتباره جزء من جسدها فأنه لا يدخل في مفهوم الأشياء لأن الأشياء هي التي

---

(١) بما يفرضه عليه ذلك من ضرورة تسليم العين المؤجرة علي نحو تصلح معه لأداء الغرض مع التزامه بضمان عدم التعرض له سواء أكان من جانبه أم من ناحية الغير- أي أنه يسال المؤجر عن كل ما يصيب المستاجر من أضرار جسدية أو ما يلحق بالغير من أضرار نتيجة لذلك، ومسئوليته هنا ليس مصدرها عقد الإيجار الذي يكون قد نفذ ما يلقيه عليه من التزامات وأنما تقوم علي الأساس التقصيري الذي ينبثق عن مخالفة الالتزام العام والواجب القانوني بعدم الإيذاء. وعلى سبيل المثال عقد الإيجار المرتبط بعقار يلتزم المؤجر (المالك) بضمان سلامة المستأجرين ضد كل ما يتهددهم من جراء المبنى أو ما يشكل مساسا جسديا لهم عند استعمالهم لمرافق..........
فأن إثارة وجود الالتزام علي عاتق المؤجر بضمان سلامة المستأجر قد يثير معه أمراً آخر يرتبط بمدى التزام مالك العقار (المؤجر) بحراسة العين المؤجرة ولاشك في أن هذا الالتزام يمكن تصوره بالنسبة للعقار ككل وليس بصدد كل عين مؤجرة علي حدة.

(٢) بالرجوع إلى نص المادة ١٣٢ يتبين أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا" يرى فقهاء القانون المدني: أن الاستحالة المنصوص عليها هى الاستحالة المطلقة وهي الاستحالة التي تقوم بالنسبة للناس كافة أي أن العمل الموعود به يستحيل تنفيذه ليس فقط علي المدين بل بالنسبة لجميع الأشخاص ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا إذا كانت الاستحالة المطلقة قائمة عند التعاقد أما إذا حدثت بعده فأنه يكون قابلا للفسخ.

تصلح محلاً للعقود كما سبق وأن اشرنا ومنها الإيجار فضلا عن إستحالة تسليم الرحم الذي هو محل المنفعة للمستأجر – الزوجين – للانتفاع به طوال الفترة المتفق عليها منفصلاً عن الجسد الذي يرد عليه التعاقد بينهما[١]. وبموجب الإلتزامات التى يفرضها الإتفاق المعقود بين أطراف علاقة الرحم المستأجر والذى يخصنا بالذكر فى هذا الجزء الالتزام الواقع على عاتق صاحبة الرحم الذى يتم التعامل عليه ومن ثم يقع على عاتقها بموجب هذا الاتفاق عدة إلتزامات سنقوم بسردها على النحو التالى. أولا الالتزام بتسليم المولود بعد ولادته حسب الاتفاق لاصحاب النطف. ثم الالتزام بالرعاية والحفاظ على الجنين. يليها ضمان عدم التعرض الصادر من (المؤجر - صاحبة الرحم المستأجر)

المطلب الأول

إلتزام صاحبة الرحم المستخدم بتسليم المولود لأصحاب النطف

وتطبيقا لنص المادة ٥٦٤ فى التقنين المدنى الجديد[٢] على الحالة التى يجب أن يتم عليها تسليم الشيء المؤجر (عضو الرحم محل الانتفاع) إلى المستأجر على من يقع عبئها؟

يجب التأكد من براءة رحم (صاحبة الرحم المستأجر) وهذه عملية تتم بمعرفة الطبيب لأنها تحدث أحيانا والمرأة تقريبا تحت تأثير المخدر. حيث يغسل الرحم وتشفط جميع البييضات الموجودة به وهذا للتأكد من خلوه بنطفة أمشاج مكونة من خلال زوجها

وبناء عليه هل مسئولية التأكد من براءة الرحم مسئولية صاحبة الرحم المستأجر أم مسئولية الطبيب أم الأبوين البيولوجيين على اعتبار أنه يجب عليهم المعاينة التامة النافية للجهالة لمحل العقد وهو الرحم نرى أن المسئول عن الحالة التى يجب أن يتم عليها تسليم الشيء المؤجر تقع عليهم جميعا يفترض على صاحبة الرحم الاحتياط قبل ممارسة هذه العملية وعلى الزوجين المعاينة من خلال إخضاعها إلى الكشف والفحص الطبى الدقيق ويكون ذلك من خلال

(١) حاشية البجيرمي – المرجع السابق.
(٢) جاءت المادة بأن: " يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها فى حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين.

المستندات المشتملة على التاريخ أما الطبيب فينبغي عليه التأكد قبل البدء فى العملية بخلو الرحم من الأجنة أو النطف وبناء عليه مخالفة عملية تأجير الأرحام لهذا الشرط لعدم أمكان وقوع الالتزام بالتسليم على المرأة المؤجرة لرحمها على حدة.

هل يحق لصاحبة الرحم أن تؤجر من الباطن لزوجين آخرين رحمها؟ بمعنى أنه لو اتخذت هذه الوسيلة مهنة وللربح السريع وأجرت صاحبة الرحم المستأجر لأكثر من أسرة رحمها دون علمهم بحيث أصبح فى رحمها طفلان أو لو كان أحد الطفلين ملكا لها ولزوجها هل يحق للأبوين البيولوجين المطالبة بتطبيق المادة ٥٦٦ من التقنين المدنى سالفة الذكر باعتبار لو تم التسليم بتنفيذ هذه العملية وأدرجها تحت عقد الإيجار.

وبالرجوع إلى نص المادة ٥٦٥ مدني التى تقضى بأنه:

" إذا سلمت العين المؤجرة فى حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذى أجرت من أجله أو إذا نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض فى الحالتين إذا كان لذلك مقتضى.

فإذا كانت العين المؤجرة المتمثلة فى الرحم الموجود فى جسدها فى حالة من شأنها أن تعرض صحة الجنين لخطر جسيم كإهمالها فى صحتها عن طريق تعاطيها لدواء أو للخمور مثلا أو لرفضها خوفا على صحتها بإخضاعها إلى التخدير مثلا للإجراء عملية علاجية للجنين وهو بداخل رحمها جاز للمستأجر الأبوين البيولوجيين أن يطلبا فسخ العقد. وبما أن هذا يستحيل تنفيذه كما سبق وأن بينا إذا لا يمكن إدراج هذه العلاقة على عقد الإيجار لاستحالة حدوث الفسخ للعقد لأنه كيف يفسخ ومحل العقد روح إذا لا يمكن تطبيق المادة سالفة الذكر حيث يعد هذا سبب من أسباب عدم إمكانية إخضاع عقد تأجير الأرحام إلى عقد الإيجار.

أ- القياس على حالة عدم قيام المؤجر بالتسليم بسبب هلاك العين:

ماذا يحدث لو أصيبت صاحبة الرحم المستأجر بمرض يحيل بينها وبين تكملة رحلة الحمل بعد أتمام غرس نطفة الأمشاج الزوجين بهذه الصورة هل يمكن تطبيق المادة سالفة الذكر على هذه الحالة؟

يلاحظ أنه إذا هلك الشيء المؤجر(المتمثل فى الرحم الحاضن للطفل) قبل التسليم (المراد هنا بالتسليم أى تسليم صاحبة الرحم المستأجر الطفل لأبويه البيولوجيين فأنه يهلك على المؤجر(صاحبة الرحم المستأجر) باعتباره مالكا للشيء المؤجر فإذا حدث الهلاك قبل إبرام عقد الإيجار فأن محل العقد لا يكون موجودا ويعد الإيجار باطلا وإذا كان الهلاك جزئيا بطل الإيجار بالنسبة للجزء الهالك وحده إلا إذا تبين أن الإيجار ما كان ليتم بغير هذا الجزء.

أما إذا حدث إهلاك بعد إبرام العقد بغير خطأ من المستأجر (صاحبة الرحم المستأجر) سواء تم الهلاك قبل التسليم أو بعده فأنها تهلك على المؤجر لأنه المالك وينفسخ عقد الإيجار إذا كان الهلاك كليا ويحق للمستأجر طلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة إذا كان الهلاك جزئيا والسبب فى ذلك هو عدم قيام المؤجر بتنفيذ التزاماته وليس للمستأجر الرجوع بالتعويض.

ب ـ القياس على حالة عدم قيام المؤجر بالتسليم بسبب لا يرجع إلى هلاك العين:

ماذا يحدث لو أبرم الاتفاق أو العقد بين كلا من الزوجين وصاحبة الرحم المستأجر ثم امتنعت الأخيرة عن التنفيذ بتسليم رحمها لهم (تسخيره بالسماح لهم بإشغال رحمها بنطفتهما)؟

وانطلاقا مما سبق تبين أن المؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة كاملة بحيث يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة دون عائق (كوجود مرض أو أعتراض مما له حق خوله القانون له- كالمستأجر فضلاً عن ذلك يكون المؤجر مخلا بالتزامه بالتسليم إذ امتنع عن تسليم العين أو سلمها فى حالة لا تصلح معها للانتفاع بها وبتطبيق ذلك على القيد الوارد على صاحبة الرحم المستأجر فضلاً عن إستحالة تسليم العين للانتفاع بها. فلو اقترضنا جبراً أن المعقود عليه في عقد الرحم المستأجر بل هو تمليك منفعة للرحم فأنه يستحيل تسليم الرحم منفصلاً عن الجسد لاقتضاء منفعته المقصودة. بالإضافة إلي كون الرحم لا يستقل بمسألة حفظ الجنين وإمداده بالغذاء بل تشاركه بقية أعضاء الجسد في إتمام تلك المهمة[1].

(١) د/ عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤١٦، ص ١١٨.

ج - عقد موازنة على السلطة المخولة بين كلا من حق المنتفع وحق المستأجر على صاحبة الرحم المستأجر:

التباين بين الالتزامات المترتبة على صاحبة الرحم المستأجر تجاه حق الانتفاع المخول للزوج على زوجته: يظهر في إجراء الموازنة على السلطة المخولة لحق (المتمثل في زوج صاحبة الرحم المستأجر) وبين حق المستأجر المتمثل في (الأبوين البيلوجين أصحاب النطف) على الرحم رغم وجود أوجه تشابه كبيرة بين كلا من عقد الإيجار وحق الانتفاع من حيث أن كلا من المستأجر والمنتفع مستفيدا بمنفعة ملك غيره الا أن يظهر الاختلاف في عقد الإيجار عن حق الانتفاع في أن الإيجار يخول المستأجر حقا شخصيا بينما يعد الانتفاع حقا عينيا. ولذلك يثور اللبس في بعض الأحيان حول ما إذا كنا بصدد إيجار أو بصدد حق انتفاع والعبرة في رفع هذا اللبس هو بقصد المتعاقدين. ويستدل على هذا القصد من ظروف العقد وأحكامه[١].

الزوج وأصحاب النطف وحقا كلا منهما على الرحم:

١- أن حق المنتفع يعد حقا عينيا أما حق المستأجر فهو حق شخصي.

٢- أن ما يميز حق الانتفاع (الزوج) عن الإيجار بصفة أساسية هو أن المنتفع أنما يستفيد بالشيء محل الانتفاع دون وساطة صاحبه أما المستأجر (أصحاب النطف) فلا يتسنى له هذا الانتفاع الا بواسطة المؤجر للشيء.

٣- أن حق الانتفاع قد يكون بعوض أو بدونه (كدفع المهر أو حل الاستمتاع أما الإيجار فيعتبر من المعاوضات.منفعة مقابل أجر

(١) فمثلا إذا اتضح أن مالك الشيء لا يلتزم في مواجهة المستفيد أو المنتفع باى التزام متفرع من الالتزام العام بتمكين المستأجر من الأنتفاع كنا بصدد حق أنتفاع لا إيجار وكذلك فأن طول مدة الأنتفاع يغلب معها أن العقد ليس ايجارا غير أن هذه قرينة بسيطة فالاصل أنه يمكن أن يمتد الإيجار مدى حياة المستأجر دون أن ينقلب حقه إلى حق أنتفاع وأنما لا زال حقه شخصي. أما إذا اتضح من بنود العقد أن مالك الشيء لا يلتزم بصيانة العين محل الأنتفاع فأن هذا لا يدل بالقطع على أن العقد ليس ايجارا ذلك أن الالتزام بالصيانه يعد من الأحكام المكملة لإرادة المتعاقدين والتي يمكن استبعادها باتفاق الأطراف.

٤- أن حق الانتفاع لا يتضمن سوى إلتزام عام على عاتق مالك الرقبة. (لزوجة)هو أن يترك صاحب حق الانتفاع ينتفع بالشيء (الزوج)

أما في عقد الإيجار فإن التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع هو التزام إيجابي يقتضى أن يستمر المؤجر فى تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر طوال مدة عقد الإيجار(أى تستمر صاحبة الرحم بتمكين الأبوين البيولوجيين من الانتفاع بالشيء حتى الانتهاء من مدة الايجارمع الاحتفاظ بضمان التعرض

٥- أن مصدر حق الانتفاع يكون سببا من أسباب كسب الحقوق العينية عدا الميراث أما مصدر الإيجار فهو دائما العقد هذا الشرط يتعارض كلية مع عقد إيجار الرحم لأن كلا من الزوجين يرثان بعضهما بموجب عقد الزواج الذى أعطى للزوج حق الانتفاع ببضع زوجته

٦- إن حق الانتفاع ينقضي حتما بوفاة المنتفع أما حق المستأجر فلا ينقضي بذلك السبب فيجوز أن تتنقل حقوق العقد والتزاماته إلى الخلف العام[1].

رأى الباحثه:

وبالرجوع إلى الآراء السابقة[2] يتبين أن عدم القدرة علي تسليم الرحم المستأجر[3] لأن محل الالتزام في هذا العقد بناء علي هذا التصور، هو الانتفاع

---

(١) ولذلك إذا ورد الأنتفاع على عقار، عد حق الأنتفاع مالا عقاريا ويصلح بالتالى أن يكون محلا للتصرفات العقارية من بيع ورهن وهبة ويجب الشهر لهذه التصرفات عندئذ. أما حق المستأجر فهو حق شخصى حتى ولو كأن واردا على عقار وذلك لا يجب شهره الا فى احوال استثنائية كأن يكون عقد الإيجار مبرما لمدة اكثر من تسع سنوات

(٢) كما يرى جمهور الفقهاء أن القدرة علي تسليم المحل شرط من شروط صحة العقد فإذا لم يكن البائع قادراً علي تسليم المبيع مثلا فأن البيع لا يكون منعقداً بل يكون باطلا وأن كان ممكنا بعد ذلك فبيع الطير في الهواء والسمك في الماء والحيوانات الضالة مثلا غير جائز باتفاق المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة/. وهذا الشرط يطبق في جميع العقود سواء أكانت معوضات مالية.
أم تبرعات واستثناء من ذلك فأن الشافعية يجيزون بيع غير المقدور علي تسليمه لقادر علي تسلمه يقينا بدون مؤنة أما إذا احتاج في تسلمه إلى نفقات مالية أو تعب بدني فأن العقد لا يكون صحيحا (قوانين الأحكام الشرعية: ص ٤٤٩. البدائع: ١٤٦/٥. حاشية البجيرمي: ١٨٠/٢. الاقناع: ٦٤/٢.

(٣) المقصود بهذا الشرط من وجهة نظر الشريعة الإسلامية أنه لابد أن يكون المؤجر قادرا على تسليم محل الإجارة للمستأجر، فإذا لم يكن باستطاعة المؤجر ذلك، فلا تجوز =

برحم الحامل وذلك بتسخيره بالحمل لحساب الزوجين خلال فترة زمنية معينة هي فترة الحمل، وطالما أن رحم المرأة جزء من جسدها فإنه لا يدخل في مفهوم الأشياء ؛ لأن الأشياء هي التي تصلح محلا للعقود ومنها الإيجار، ولكننا نرى من جانبنا أن. الحرمة هنا ليست فى عدم إمكانية التسليم وحده باعتبار أن عضو الرحم ليس من الأشياء لأننا لو اعتمدنا على هذا الدليل فقط لظهر لنا رأى معارض وخاصة من أهل الطب ناهيك عن الصفوف التى تنتظر أن يبيع أحد لها كلية أو جزء من مرارة الخ....... فلو طبقنا مبدأ أن الجسد ليس من الأشياء ولذلك يستحيل التسليم لإمكانية الانتفاع بمحل الإيجار وبالتالي عدم إمكانية اندراجه تحت وصف عقد الإيجار، لوجدنا أن الكلية وغيرها من بعض الأعضاء تخضع لعقد بيع بالرغم من أنها عضو من أعضاء الجسد ويسرى عليها ما يسرى على الرحم ولكن مع اختلاف نوع العقد احيانا يخلع عليه عقد بيع وانطلاقا من هذا الرأى نرى أنه يجب أن يقترن مع شرط عدم إمكانية التسليم للاعتبارات التى سبق وأن أوضحناها عنصرا خر وهو الضرورة لأن معيار الضرورة كما سبق وأن اشرنا هو الحماية من الهلاك ولا خلاف حول عدم توافر هذا العنصر فى الإنجاب.

المطلب الثانى

الالتزام بالرعاية والحفاظ على الجنين

هل يستطيع الزوجان أن يثيرا مسئولية صاحبة الرحم المستأجر في حالة الإخلال بعدم تنفيذ بالصيانه[1] اللازمة للنطف المودعة إذا كان هذا ضمن

=

الإجارة، ولذلك لا يجوز استئجار عبد آبق أو بعير شارد أو شئ غير مملوك للمؤجر (لهدايه ج٣ /٢٦١، بداية المجتهد ج ٢٥٦/٢، حاشية الدسوقي ج١٩/٤، المواهب ج٥ /٤٢٢، المهذب للشيرازي ج٢٦٣/١، المعني لأبن قدامة ج٢٩٣/٤ مشار اليه في تأجير الأرحام في ضوء الأجتهادات الفقهيه والمعطيات الطبية -د. رمضان القطان - ص٣٧.

(١) عقد الإيجار يهدف إلى تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر طوال مدة العقد.ففي التقنين المدنى القديم تقضى المادة ٣٧٠/ ٤٥٣ بأن " لا/ وبالنسبة إلي التقنين المدنى الجديد فلقد سلك مسلكا مختلفا حيث قضت المادة (١/٥٦٧) بأن: "على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيأنه لتبقى على الحالة التى سلمت بها وأن يقوم فى أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأجيرية. .."

الاتفاق، والتى أدى إهمالها إلى عدم الحمل كلية أو في حالة ميلاد طفل معاب أو لأن الطفل لا يطابق مواصفاتها المطلوبة؟

حكم المرأة المنفردة:

عند لجوء الزوجين للإنجاب عن طريق شغل رحم امرأة غير متزوجة بحمل نطفتى الأمشاج فى مقابل المادى مع التزام الحامل بتسليم المولود للزوجين عقب الولادة وهى الطريق التى درج على تسميتها بإيجار الأرحام.

هل يعد تصرفها إخلالا بضمان التعرض الشخصي إذا تزوجت صاحبة الرحم أثناء حملها لأصحاب النطف البيلوجيية؟

لا يجوز للمرأة التى أجرت رحمها للغير أن تتزوج وينبغى عليها أن تنتظر حتى تضع حملها ثم تعتد كالمعيدة من الطلاق أو من الوفاة وذلك حتى يتضح براءة رحمها.

حكم المرأة المتزوجة:

لكي نبرزحكم المرأة المتزوجة أو المنفردة الراغبة فى تأجير رحمها لا بد من مراعاة الفيصل بينهم هو وجود الزوج وما تترتب على هذه الزوجية من الآثار أى الحقوق والواجبات لذلك كان لزاما علينا عقد مفارقة بين عقد تأجير الرحم وعقد الزواج وذلك كي يتضح لنا حكم المرأة المتزوجة عند تأجير رحمها وهل فى إمكانها ضمان التعرض بكافة أنواعه الصادر من الغير تجاه أطراف عقد إيجار الرحم (أصحاب النطف) والذي نقصده بالغير هنا هو الزوج وهذا يرجع إلى ما خوله القانون له من حقوق على بضع زوجته.

ومن ثم ما مدى أهمية هذه الحماية والضمان التى تضمنه وتكفله صاحبة الرحم المستأجر تجاه الأبوين البيولوجيين الراغبين فى تأجير رحمها لإنجاب الولد بموجب عقد إيجار الرحم بالإضافة إلى أى مدى تصل سلطة الزوج للإجابة على هذه التساؤلات يقتضى علينا معرفة أوجه التشابه بين عقد إيجار الرحم وعقد الزواج.

- أوجه التشابه والاختلاف بين عقد الزواج وعقد إستخدام الأرحام

يرى البعض[1] أن عقد تأجير الرحم قد يتشابة مع عقد الزواج في بعض الخصائص التى تتعلق به كعقد من حيث الرضائية والفورية. وأنه من العقود الملزمة لجانبين أى فتنشأ إلتزامات متقابلة بين الطرفين (الزوج والزوجة). إلا أنهما يفترقان في جوهر وحقيقة كل منهما، فجوهر عقد الزواج هو: حل الاستمتاع بين الرجل والمرأة فيرفع عقد الزواج الحرمة وعلى العلاقة الجنسية صفة المشروعية، فى حين أنه قبل انعقاد العقد كانت هذه العلاقة محرمة وغير مشروعة. وفعلها موجب لإقامة الحد إذا توافرت شروطه.

بالإضافة إلى تحقق المقاصد الربانية منه، وأهمها النسل كما سبق، بينما جوهر عقد تأجير الأرحام قاصر علي علي شغل رحم المرأة طوال فترة الحمل فقط، فلا يتعدى أثره إلي إباحة الاستمتاع بين الرجل والحامل، ولا إلى إتحاد النطف الذكرية للزوج ببيضة الحامل بأي طريق كان. وعلى هدى ما تقدم فأن الفارق الوحيد بين عقد إجارة الأرحام وعقد الزواج هو حل الاستمتاع بين طرفيه والذي يتوافر فى عقد الزواج بخلاف عقد إجارة الأرحام[2].

وانطلاقا مما سبق يتبين أنه بموجب عقد الزوجية هناك حل لاستمتاع الزوج على زوجته وهو حق من ضمن حقوقه عليها وانعقادها بتأجير رحمها سوف يفوت الفرصة أو يحبس عليه حقا من حقوقه فهل تضمن أو تملك صاحبة الرحم المستأجر أحقية ضمان عدم تعرض الزوج لأطراف علاقة الرحم المستأجر للإجابة على هذه التساؤل يقتضى علينا معرفة ضمان التعرض بكافة أنواعه وشروطه.

المطلب الثالث
ضمان عدم التعرض الصادر من صاحبة الرحم

بما أن المؤجر يلتزم بضمان إنتفاع المستأجر بالعين المؤجرة[3] انتفاعا

---

(١) د/ عبد الحميد عثمان روح القوانين مجلة تصدرها كلية الحقوق بطنطا يناير سنة ١٩٩٥ م العدد الحادي عشر ص١١٣

(٢) وللمزيد من التفرقة بين عقد إجازة الأرحام والعقود الأخرى (عقد الإيجار العادى) يراجع تفصيلياً د. رشدى شحاته أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٦٥: ص٢٨٥

(٣) بموجب نص المادة ٥٧١ مدني:
على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع.

خالصا فهو بذلك ضامن[1] لعدم تعرضه الشخصي كتزوج صاحبة الرحم المستخدم بعد إبرامها عقد إيجار رحمها ويعتبر في حكم التعرض الشخصي أيضاً[2] التعرض الذى يحدث من أحد إتباع المؤجر كتعرض زوج صاحبة الرحم المستأجر للأبوين البيولوجيين على سبيل المثال وليس الحصر (إذا جامع زوج صاحبة الرحم المستأجر زوجته بعد غرز نطف الأبوين البيولوجيين فى رحمها بوقت قريب يكون هناك احتمالين أولهما اختلاط الأنساب عن طريق تخصيب زوجته. وثانيهما احتمال إجهاض نطفهم نتيجة جماعه بها) كما يكون لزاما على المؤجر أيضاً أن يمنع التعرض إذا وقع من الغير إذا كان مبنيا على سبب قانوني كتزوج المرأة صاحبة الرحم بعقد قرانها برجل لا يعلم بإجراء عقد إيجار رحمها لصالح الغير.

وقياسا على ذلك ماذا يحدث إذا اضطرت صاحبة الرحم للإجراء عملية لها فجأة حفاظا على حياتها. ومن ثم كان لزاما عليها تعاطيها لبعض العقاقير. وذلك بعد أتمام تعاقدها حملها لحساب الغير مع العلم بأن هذه العملية ضرورية لإنقاذ حياتها أى أننا أمام حالة ضرورة مشروعة. بمعنى أخر أنه حدث تغيير فى العين محل الانتفاع (رحمها) وبالتالي فى ملحقاتها المتمثل فى جسد المرأة ككل

---

(١) الشروط التى يتطلبها القانون لقيام التعرض
أ- أن يقع التعرض من الغير
ب- أن يقع التعرض بالفعل
ج - أن يدعى الغير حقا يتعلق بالعين المؤجرة ويتعارض مع حق المستأجر ويشترط فى التعرض أن يكون التعرض قانونيا يكون مبنيا على سبب قانونى (م٢/٥٧١ مدنى) فيدعي الغير حقا يتعلق بالعين المؤجرة ويتعارض مع حق المستأجر الثابت له بمقتضى عقد الإيجار وليس من اللازم أن يكون ما يدعيه الغير من حق موجودا وثابتا فى الواقع وأنما يكفى مجرد الادعاء سواء اكأن مبينا على اساس واقعى أم لم يكن مبنيا على اى اساس. وعلى ذلك يكون تعرض الغير ماديا لا قانونيا إذا لم يستند الغير فى تعرضه على اى حق يدعيه.

(٢) د- أن يكون ما صدر عن المؤجر من تعرض قد وقع أثناء مدة انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة
هـ - عدم شرعية الفعل الصادر من المؤجر بمعنى الا يكون للمؤجر الحق فى اجراءه وبالتإلى لا يتحقق التعرض إذا استمد المؤجر حقه فى هذا الفعل سواء من عقد الإيجار أو من القانون أو من حكم قضائى حرص المشرع على ذكر هذه الصورة التعرض وذلك للتنويه بأهميتها، فقضى في المادة ٥٧١ مدنى بأنه لا يجوز للمؤجر أن يحدث بالعين أو بملحقاتها اى تغيير يخل بأنتفاع المستأجر بها.

أى تغيير يخل بانتفاع المستأجر برحمها محل الانتفاع فهل يعتبر ذلك تطبيقا (للمادة ٥٧١مدنى) سالفة الذكر بمعنى هل يفسخ العقد لأخلال التزام صاحبة الرحم بتأثير الضرر على الجنين بإجهاضه بعد أن بث فيه الروح, وبمعنى أخر هل يعتبر هذا بمثابة تعرض شخصي من الأم المؤجرة لرحمها على منفعة المستأجر (الأبوين البيولوجين) باعتبار أننا أمام صراع أما نضحي بحياة الجنين الذى ينتظره ابوييه البيولوجيين أم بحياة الأم الحاملة له.

نرى من جانبنا عدم تحقق التعرض المادى من المؤجر لشرعية الفعل الصادر منه الذى استمد حقه فيه من الحالة الطارئة التى حدثت بمعنى أن للمؤجر الحق فى أجراءه لأن التعرض المادى هو قيام المؤجر بأى عمل مادي محض يترتب عليه إخلال بانتفاع المستأجر أو حرمانه من فائدة من الفوائد التى تعود عليه من انتفاعه بالعين على الوجه المقصود بمقتضى عقد الإيجار سواء أكانت تلك الفائدة مادية أم معنوية ودون أن يستند فى هذا التعرض إلى حق يدعيه.

وتطبيقا لذلك لا تعاقب المرأة صاحبة الرحم على فعلها, وذلك لأن هذا الحدث يعتبر ظرفا من الظروف الطارئة, كما تقضى (المادة ٥٧٢)مدني بأنه:

"إذا ادعى أجنبى حقا يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار وجب على المستأجر أن يبادر إلى أخطار المؤجر بذلك وكان له أن يخرج من الدعوى, وفى هذه الحالة لا توجه إجراءات إلا إلى المؤجر." فإذا ترتب على هذا الادعاء أن حرم المستأجر فعلا من الانتفاع الذى له بموجب عقد الإيجار جاز له تبعا للظروف أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض أن كان له مقتض.

وإتماما للفائدة المرجوة نعرض فيما يلى الشروط الواجب توافرها لقيام التعرض ثم لأثاره أو ما يترتب عليها مستفيدين فيما جاء من نص المادة سالفة الذكر.

المطلب الرابع
الأمتناع عن كل ما يضر بالجنين

أ ـ ما حكم التلف الذى يقع على الجنين تحت يد الأم بالرحم باعتبارها يد الضمان بسبب أجنبى كإصابة الأم بالرحم بفيروس (C) أو لخطأ من الطبيب أو, المعمل الذى يتحكم فى التعامل مع النطف, بعد غرس النطف برحمها ؟

مما هو جدير بالذكر من خلال نصوص المواد السابقة تبين أن للتعرض أنواعا سنقوم بسردها فى ثلاث نقاط مطبقين ذلك على عملية تأجير الأرحام.

١- إذا حدث ذلك بالفعل نكون أمام حدث طارىء وبالتالي تندرج تحت القوة القاهرة شريطة ألا تكون على علم بمرضها قبل انعقاد العقد والقاعدة الفقهية تقول نختار أخف الضررين أى أنه إذا كان هناك إمكانية لإجهاضها فلا باس حتى لينتج طفل حامل لنفس الفيروس لذلك من المناسب إخضاع المرأة صاحبة الرحم المستأجر للكشف الدوري الدائم ونرى بناء على ما ذكرناه لا يحق للزوجين أصحاب النطف الرجوع عليها بضمان التعرض الشخصي[1] ذلك لإخضاع هذه الحالة لنظرية الظروف الطارئة والتى يعتبر من ضمنها التلف الذى يقع على مال تحت يد الضمان بسبب أجنبى.

٢- أما التعرض المادى قيام المؤجر بأى عمل مادي محض يترتب عليه إخلال بانتفاع المستأجر أو حرمانه من فائدة من الفوائد التى تعود عليه من انتفاعه بالعين على الوجه المقصود بمقتضى عقد الإيجار سواء أكانت تلك الفائدة مادية أم معنوية ودون أن يستند فى هذا التعرض إلى حق يدعيه ومثال على ذلك فى حالة إجهاضها للجنين الذى تحمله تفاديا لحياتها بفعل حالة طارئة لا دخل لها فيها.

٣- فيتحقق التعرض القانوني إذا دعى المؤجر حقا على العين المؤجرة فى مواجهة المستأجر من شأنه أن يحرم الأخير من الانتفاع. فإذا حدث ذلك كان للمستأجر أن يدفع دعوى المؤجر بضمان تعرضه الشخصي. ومثال ذلك كتزوج صاحبة الرحم المستأجر بعد انعقاد عقد الرحم المستأجر لصالح الأبوين البيولوجيين ومثال أيضاً إذا أجرت امرأة من ذوات تأجير الأرحام لامرأة أخرى رحمها وبعد أتمام العقد تم تخصيب صاحبة الرحم المستأجر ثم عاشرها زوجها فحملت منه خلافا لنطف غيرها الموضوعة فى رحمها هنا هل تضمن تعرض الغير للزوجين أصحاب النطف المخصبة مع العلم بأن المقصود هنا بالغير هو زوج صاحبة الرحم المستأجر.

---

(١) يجب ألا يقع التعرض من أجنبى أى يصدر الفعل من المؤجر بنفسه ويترتب على هذا الفعل الاخلال بانتفاع المستأجر أو حرمانه من فائدة ويعتبر هذا تعرضا شخصيا منه ومثال ذلك تعرض زوج صاحبة الرحم المستأجر على الأبويين البيولوجيين بطريقة التى سبق وأن ذكرناها عالية.

المقصود فى محل بحثنا هنا عن اتباع المؤجرهو كل من تقوم بينه وبين المؤجر (صاحبة الرحم المستأجر) صلة مكنته – عقد الزواج – من التعرض للمستأجر(الأبوين البيولوجيين) أو باقي أطراف عقد الرحم المستأجر أو هو كل شخص قد عهد اليه بعمل يتصل بالعين المؤجرة أو كان وجوده بها بناء على حق قرره له المؤجر. أى أنه المقصود هنا بإتباع المؤجر هو زوج صاحبة الرحم المستأجر أو والدها إذا كانت تحت سن الرشد.

ولو سلمنا جدلا تطابق إعمال التعرض[1] الصادرة عن إتباع المؤجرعلى علاقة الرحم المستأجر باعتبار أن المؤجر هنا هو صاحبة الرحم المستأجر وأن المقصود هنا بالأتباع هو زوجها هل يحق لها التنفيذ على زوجها بضمان عدم تعرض للأبوين البيلوجين باعتبار أن الزوج من وجهة نظرنا طرف أصيل فى هذه العلاقة هذه النقطة أخفق فيها أو غفل عنها البعض ولم يتطرقوا إليها واقتصر الجميع علاقة الرحم المستأجر على الأبوين البيلوجين وصاحبة الرحم المستأجر والطبيب أو المركز أين دور زوج صاحبة الرحم الذى يعتبره القانون فى أغلب الأحوال الأب للطفل الناشيء من هذه العلاقة بناء على قاعدة " الولد للفراش " أى أنه بموجب هذه الصلة هل تضمن صاحبة الرحم ضمان عدم تعرض زوجها للزوجين البيولوجيين أصحاب النطف باعتبار مركزه الذى سبق وأن بيناه وما له من سلطة عليها التى تتمثل فى حق الانتفاع ببضع زوجته الذى يتمثل فى حل الاستمتاع والتناسل من رحمها. لذلك لو سلمنا جدلا بأن علاقة الرحم المستأجر تنطبق على عقد الإيجار ومن ثم لتطابق إعمال التعرض الصادرة عن إتباع المؤجر على عقد الرحم المستأجر فلابد من موافقة زوج صاحبة الرحم موافقة صريحة. وذلك بتوقيعة على العقد شأنه شأن زوجته هذا حتى تتفادى أطراف العقد التعرض القانوني من الزوج لأن القانون خوله الحق فى حبس منفعة رحمها لصالحة وبالتالي لا يحق للزوجة تأجير رحمها الا إذا

---

(١) بالرجوع إلى نص المادة ٥٧١ مدني بعد أن قضت فى فقرتها الأولى بالتزام المؤجر بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة قضت فى فقرتها الثانية بأن ضمان المؤجر " لا يقتصرعلى الإعمال التى تصدر منه أو من أتباعه" وهذا يؤيد أن المؤجر لا يضمن فحسب التعرض الشخصي الصادر منه وأنما يضمن التعرض الصادر من أتباعه أيضا

وافق هو على ذلك, لأن عدم موافقته لن يخول صاحبة الرحم المستأجر فى عقد تأجير رحمها ضمان تعرض الغير, لتمكين المستأجر المنفعة من رحمها.

وعلى الوجه الآخر هل يعتد بالإيجار الصادر من الزوج بموجب ملكيته لحق الانتفاع؟

أردنا أن نتناول هذا الموضوع من باب معرفة ما مدى قياس حكم الإيجار الصادر مما يملك حق الانتفاع على حكم الإيجار الصادر من الزوج بموجب ملكيته لحق الانتفاع بضع زوجته صاحبة الرحم والتنازل الوقتي على منفعته له بمعنى أخر:

ب ـ هل يحق للزوج أن يعقد عقد إيجار رحم زوجته أى أن يؤجر رحمها للغير بموجب عقد الزواج الذى يعطى له الحق فى حل الاستمتاع والنسل تحت علمها وموافقتها وهل يختلف الأمر لوعقدّته هى بنفسها؟

بالرغم من أن المالك ليس هو وحده من يكون له حق الانتفاع[1] بالشيء بتأجير المال وأنما يكون هذا الحق كذلك لكل من يثبت له الحق فى منفعه العين.

نستخلص مما تقدم أن محل الإيجار الصادر من المنتفع أنما يرد على المنفعة لا الرقبة وهو بذلك غير نافذ فى حق مالك الرقبة إذا تجاوز فى مدته مدة حق الانتفاع على التفصيل المتقدم[2].

---

(١) حق الانتفاع حق عيني يخول لصاحبه سلطتين من سلطات الحق العينى هما الاستعمال والاستغلال وينتهي بموت المنتفع فى جميع الحالات وللمنتفع استغلال الشيء وذلك عن طريق تأجيره لأى شخص حتى لو كان هذا الشخص هو مالك الرقبة ذاته ولا يمكن القول هنا بأن الشخص يستأجر ما يملك وهذا لا يجوز فهذا قول غير صحيح فمالك الرقبة يستأجر هنا حقا ليس له وهو الحق فى الانتفاع فإذا أنتهي هذا الحق أنتهي الإيجار بإتحاد الذمة.
طبقا للمادة ٥٦٠ من القانون المدنى بأن الإجارة الصادر ممن له حق المنفعة تنقضي بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبية بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة ويرجع السبب فى ذلك إلى انتهاء الإيجار بانتهاء حق الانتفاع ذاته أن عقد الإيجار الصادر من المنتفع لا يرد على الشيء ذاته وأنما على حق المنفعة فإذا زال هذا الحق اعتبر الشيء المؤجر أنه قد هلك والإيجار ينقضي بهلاك العين المؤجرة وانقضاء الإيجار بانتهاء حق الانتفاع ليخول المستأجر أى حق فى التعويض.

(٢) ويراعى أخيرا أنه لامحل لتطبيق الحكم الخاص بأنقضاء الإيجار بأنتهاء حق الأنتفاع إذا كأن مالك الرقبة قد اجاز هذا الإيجار الزائد فى مدته عن مدة حق الأنتفاع بل تظل هذه =

وتطبيقا على ما سبق بالرغم من تحفظي الشديد على عدم تقبلي لهذه العملية من حيث الواقع الا أنه نرى أنه بناء على الاعتداد بالإيجار الصادر ممن يملك حق الانتفاع طبقا لنص (المادة٥٦٠) من القانون المدنى إذا يمكن أن يعتد بالإيجار الصادر من الزوج بموجب ملكيته لحق الانتفاع.

ج - هل من حق صاحبة الرحم التنقل والسفر بعيدا عن صاحبي البويضة والنطفة أم حقهما إستصدار أمر بمنعها من السفر والتنقل دون الرجوع إليهما فى حال خوفهما بهروبها بالجنين؟

وهل يعد عدم السماح لصاحبة الرحم المستخدم المتزوجة بالسفر للخارج إلا بموافقة كتابية من الأبوين البيلوجين ماسا بحرية التنقل؟

أولا بالنسبة للمرأة التى ساهمت بنطفتها الأنثوية مع رحمها (أى تم تخصيب ببيضتها مع نطفة الذكرية لزوج المرأة العقيم ووضعت فى رحمها سواء أن كان التخصيب داخليا أو خارجيا).

أولا: بالنسبة لحالة المرأة المتزوجة:

الأصل أنه لا يحق لغير الزوج أن يحد أو يمنع الزوجة من مغادرة أو التحرك من البلاد وذلك طبقا (للمادة ٢١ من قرار وزير الداخلية رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٩) فإنه لا يجوز منح جواز سفر إلا بموافقة كتابية من الزوج وهذا الحكم يسري كأصل عام في حق كل زوجة مصرية وأساس ذلك أن الزوجة المصرية تلتزم قانوناً بالدخول في طاعة زوجها وتتبعه من حيث الإقامة ولا تتحلل من هذه الالتزامات إلا بالطلاق.

=

الاجارة سارية ونافذة فى حق مالك الرقبة ويحل محل المؤجر فى حقوق عقد الإيجار والتزاماته.
القاعدة الذن أن الإيجار بأنقضاء حق الأنتفاع ومع ذلك فالمشرع لمصلحة المستأجر يقضى بأن " الاجارة الصادرة ممن له حق المنفعه تنقضى بأنقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة على أن ترعى المواعيد المقررة للتنبية بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة (مادة ٥٦٠ مدنى)
فطبقا لهذه النص يجب على مالك الرقبة أن يراعى المواعيد المنصوص عليها فى المادة ٥٦٣ من القانون المدنى عند طلبه اخراج المستأجر من العين المؤجرة وكذلك يجب لاخراج المستأجر الزراعى من المنتفع بالأرض أن تنقضى المواعيد اللازمة لنقل محصول السنة وفق ما يقتضية عرف الجهة.

ولكن إذا اشترط أصحاب النطف الأبوين البيلوجين على صاحبة الرحم المستأجر فى عقد الرحم المستأجر على عدم السماح لها بالسفر للخارج وأقرت هى ذلك فى العقد فلا مانع من نفاذ هذا الشرط وهذا قياسا على عقد العمل فإذا اشترط رب العمل بعدم مغادرة العامل من البلد الا بموافقته طوال مدة العمل جائز وعند مخالفة ذلك يحق لأصحاب النطف الرجوع بالدعوى على صاحبة الرحم وكذلك زوجها باعتبار ذلك عمل من إعمال التعرض الصادرة عن إتباع المؤجر. ولذلك إشترطنا من قبل توقيع زوج صاحبة الرحم بالموافقة على العقد كطرف أصيل فيه وذلك للاعتبارات التى أشرنا إليها من قبل وتطبيقا لمبدأ عدم قابلية الالتزام بضمان التعرض الشخصي للأقسام بمعنى أن يحق للأبوين البيولوجيين أصحاب النطف عند مخالفة صاحبة الرحم المستأجر بنود العقد كالسفر دون إذنهم أو رضاءهم الرجوع على كل منهم بالضمان كاملا.وهذا يعنى أن التزام المؤجر بضمان انتفاع المستأجر التزاما غير قابل للأقسام وعلى ذلك إذا تعدد المؤجرون وجب على كل منهم أن يمتنع عن التعرض للمستأجر فى انتفاعه بالعين كلها وبكل جزء منها وعلى ذلك إذا تعرض احدهم للمستأجر حق للأخير أن يرجع عليه بالضمان كاملا فالالتزام بعدم التعرض الشخصي لا يقبل الانقسام.

ثانيا: بالنسبة لحالة المراة المنفردة

هنا نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر أم بالرحم فقط (تأجير الرحم البديل).

الحالة الثانية إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر الأم البيلوجيية والأم بالرحم للطفل (تأجير الرحم التقليدي).

إذا كانت قد وقعت على العقد بالتزامها بعدم مغادرة البلاد إلزامها بالرجوع ؛ حتى تضع الطفل هذا فى حالة إذا كانت صاحبة الرحم هى الأم البيلوجيية للطفل أو كانت الأم بالرحم الاثنين على حد السواء هذا فى حالة توقيعها على العقد. أما فى حالة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر الأم البيلوجيية

والأم بالرحم للطفل فلا يسمح لها بالسفر الا بإذن صاحب النطفة الذكرية حتى ولو لم يشتركوا ذلك فى العقد.

لأني أرى أن حملها من صاحب النطفة الذكرية يعد فى حكم الحمل الناتج من السحاق أى أنه ينسب المولود إلى الأب صاحب النطفة الذكرية والدته التى حملته.

أ- الجزاء المترتب على التعرض الشخصي[(١)] :

عدم إمكانية تطبيق ضمان الاستحقاق بعد إبرام عقد الرحم المستأجر وذلك نظرا لخصوصية طبيعة محل العقد الا فى حالة قبل البدء فى تنفيذ العقد وغرس نطف الأمشاج داخل صاحبة الرحم.

كما يكون له فى جميع الحالات أن يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر- والأصل فى تعويض المستأجر الحاصل له من المؤجر الا يتجاوز قيمة التعويض الأجرة المتفق عليها ومع ذلك يجوز أن يحكم بتعويض أكبر من تلك القيمة. ويرى البعض أنه يجوز للمستأجر ؛ حتى يدفع المؤجر إلى التنفيذ العينى أن يحبس الأجرة عنه إلى أن يقوم بوقف تعرضه وليس هذا الا تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ.

لا نرى وجاهة فى تحديد قيمة التعويض عند إخلال صاحبة الرحم بالضمان ؛ لأنه لا يصح عند عدم التزامها بضمان التعرض باعتبارها المؤجر أن يكون تقدير التعويض عما أحدثته من الاخلال بالالتزام يكون على أساس المقابل المادى المتفق عليه لقيمة إيجار رحمها

---

(١) إذا ما اخل المؤجر بالتزامه بعدم التعرض للمستأجر في انتفاعه بالعين المؤجرة على النحو المتقدم كان للأخير وفقا للقواعد العامه أن يطلب أما التنفيذ العينى بعدم التعرض وأما أن يطلب فسخ الإيجار إذا كان هناك ما يبرر ذلك أو يطلب إنقاص الأجرة أو بضمان الاستحقاق - إذا افلح المتعرض (زوج صاحبة الرحم) فى تعرضه وأخفق المؤجر (صاحبة الرحم المستأجر) وتقرر المدعى به قضاء أو رضاء وترتب على ذلك حرمان المستأجر (الأبوين البيولوجيين — أصحاب النطف) من الانتفاع بالعين المؤجرة على الوجه المقصود من العقد كان للمستأجر أن يرجع على المؤجر بضمان الاستحقاق ومعنى هذا الضمان ثبوت الحق للمستأجر في أن يطلب تبعا للظروف فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة مع التعويض فى الحالتين أن كان له مقتض (م ٢/٥٧٢ مدني).

لذلك نرى أنه الجزاء الذى يمكن أن يكون فعالا ومجزيا للطرفين هو التنفيذ العينى بعدم التعرض عما أحدثته من الاخلال بالضمان كذلك ولا يمكن أن يطلب فسخ الإيجارالا فى حالة قبل البد بتنفيذ العقد وذلك نظرا لطبيعة عقد الإيجار محل بحثنا وقد سبق شرح ذلك من قبل.

ب ـ إمكانية تعديل أحكام الالتزام بضمان عدم التعرض الشخصي:

[1] أى أنه فى عقد الرحم المستأجر يجوز للأبوين البيولوجيين أن اشترطوا فى العقد على صاحبة الرحم بعدم تعرض زوجها لهم ولتأكيد هذا التعرض نقترح من جانبنا أن يضاف توقيع زوج صاحبة الرحم بالموافقة على العقد باعتبار أن هذا العقد سوف يحبس منفعة كانت مخصصة له أى له حق انتفاع على رحم زوجته وقد سبق شرح ذلك بالتفصيل.

المبحث الثالث

مدى إمكانية تطبيق الجزاء المدنى جزاء مخالفة أطراف علاقة الرحم لشروط العقد

بعد أن رأينا أن العلاقة التى تنشأ بين المرأة الحامل والزوجين يمكن أن تأخذ الصفة التعاقدية وأنها من العقود الغير مسماه ذات الطبيعة الخاصة فإن التساؤل الذي يطرح نفسه الآن: مدى إمكانية تطبيق جزاء مخالفة شروط العقد فى القانون المدنى على عقد إيجارالرحم.

---

(١) يلاحظ أن الأحكام التى أوردناها بشأن التزام المؤجر بعدم التعرض للمستأجر فى انتفاعه بالعين وملحقاتها أنما هى احكام مكملة لإرادة المتعاقدين وبالتالي يجوز الاتفاق عل ما يخالفها ولكن شريطة تطبيق نص المادة ٥٧٨ مدني بأن " يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان " تقضى المادة ٥٧٨ مدني بأن " يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الاعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد اخفى عن غش سبب هذا الضمان ".

ويلاحظ أن شرط الاعفاء من الضمان أو التخفيف منه يقع باطلا إذا كان المؤجر قد اخفى عن غش سبب هذا الضمان وعلى ذلك إذا كان المؤجر يعلم أن للغير حقا على العين المؤجرة يتعارض مع حق المستأجر وأخفاه متعمدا عن الاخير غشا منه فأن الشرط يقع باطلا أما إذا كان يعلم بحق الغير ولكنه لم يتعمد اخفاءه فالشرط الصحيح فمجرد علمه بالسبب لا يتضمن فى ذاته غشا فقد يكون المستأجر عالما بنفسه ويمكن أن يتخذ علم المستأجر بالسبب قرينة على أنه أراد ضمنا اعفاء المؤجر من الضمان حتى بدون شرط.

الأمر الذي حدا بنا إلى دراسة مدى موافقة التكيف الملائم لعقد استئجار الأرحام ضمن تقسيمات العقود المبادئ العامة في القانون المصري وقواعد النظام العام والآداب العامة وهذا ما سوف نتناوله في من هذا الكتاب بإذن الله تعالى.

هل يمكن تطبيق الجزاء المدنى على مخالفة أطراف عقد الرحم المستأجر لشروط العقد باعتباره عقد غير مسمى خاضع لقواعد القانون العامة. لمعرفة ذلك يتطلب منا البحث فى تصنيف عقد استئجار الأرحام من تقسيمات العقود من حيث نفاذها أو بطلانها. ثم معرفة الآثار المترتبة على جزاء مخالفة شروط عقد إيجار الأرحام. ومن خلال عرضنا لما سبق هناك سؤال يفرض نفسه لخدمة الموضوع وهو هل يملك زوج صاحبة الرحم المستأجر رفع دعوى المضرور بطريق الانعكاس باعتباره مضرورا فى حالة تصرف زوجته بتأجير رحمها للغير دون علمه أو إذن منه؟

على افتراض إمكانية ذلك هل يحق لزوج صاحبة الرحم المستأجر فى رفع دعوى المضرور بطريق الانعكاس وإذا كان يحق له ذلك فما هو التكييف القانوني لهذه الدعوى؟ فهل هي دعوى عقدية تثير قواعد المسئولية العقدية أم هي دعوى تقصيرية تخضع للنظام التقصيري؟

١- التكيف الملائم لعقود استئجار الأرحام ضمن تقسيمات العقود من حيث صحتها

وإتماما للفائدة المرجوة من هذه التقسيمات تبين لنا أن عقد الرحم المستأجر قريب الوصف والشبه من العقود الباطلة بطلانا مطلقا وذلك لتخلف شرط من شروط صحتة وهو عدم مشروعية المحل أو سبب أحد أركان العقد.

وبالرغم من ذلك نرى أنه لا نستطيع القول بأنه لا يترتب عليه أي الآثار قانونية باعتبار خلو نصوص القانون لمثل هذه العمليات. أو أنه لا وجود لها من حيث الصورة؛ لأن هذا يتنافى مع طبيعة هذا العقد من الآثار وهى نتاج طفل تنشأ له حقوق لا دخل له بالطريقة التى نتج عنها.

وجديرا بالذكر البطلان الذي يلحق العقد في حالة عدم مشروعية محل أو السبب كما سبق وأن ذكرنا هو بطلان لصالح المجتمع ككل. لذلك يلحق العقد كله وليس التزام أحد أطرافه فحسب. وتطبيقا لذلك فأن القواعد العامة في القانون المدني تسمح للطفل الذي أصيب وهو في بطن أمه بخطأ من الغير أن

يطالب بعد ولادته – بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، وقد اعتنقت محكمة استئناف "تولوز" هذا التصور علي أساس أن الجنين له كافة صفات الكائن البشري منذ اللحظات الأولي للحمل، أو كما ذهبت اللجنة الوطنية للأخلاق في فرنسا، لأن الجنين هو كائن بشري محتمل يفترض احترامه علي الجميع[١].

هل يملك زوج صاحبة الرحم المستأجر رفع دعوى المضرور بطريق الانعكاس باعتبارة مضرورا فى حالة تصرف زوجته بتأجير رحمها للغير دون علمه أو إذن منه؟

الضرر المقصود هنا هو الضرر الذي يرتد علي أشخاص آخرين نتيجة ما أصاب المضرور من ضرر.أو هو الضرر الذي يقع انعكاسا لضرر أخر ويكون نتيجة له

الاصل أن الحق فى التعويض يكون للمضرور نفسه، ومع ذلك فقد يمتد الضرر فى بعض الاحيأن إلى غير المضرور فيصيب أشخاصا آخرين سواء أن كان هذا الضرر ماديا أو أدبيا، فقد يترتب على موت المضرور إصابة ورثته بطريق الانعكاس بضرر شخصي أو مادي.

وهناك بعض الأمثلة عن تطبيقات القضاء للضرر المرتد أو المنعكس ما قضى به بالتعويض لوالد المضرور عن القلق الذي أنتابه لمدة شهور نتيجة اعتقاده بعدم أمكان شفائه[٢]. وما قضى به للزوجة من تعويض نتيجة فقد زوجها قدرته الجنسية[٣]. وللزوج نتيجة إصابة زوجته بعجز كلي حولها إلي حطام امرأة[٤]. وتطبيقا على الأمثلة السابقة يمكن قياس الضرر الواقع على الزوج نتيجة إصابة زوجته بداء فى رحمها نتيجة تأجيرها له لأحدى الأزواج العقيمين أو للضرر الناتج لها أثناء إجراء الطبيب عملية تأجير رحمها ذاتها.

ودعوى المضرور بطريق الانعكاس هي الدعوى التي يرفعها القريب للمضرورالمباشر للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المباشرة التي لحقت به واستعمال هذه الدعوى حق أصيل لهذا القريب وليس موروثا عن المصاب.

(١) د/ محمد المرسي زهرة – الإنجاب الصناعي ص٣٢٩

(٢) Cass. Civ. 22-10-1946, JCP, 1946, 2,3375

(٣) Cou. D'app Paris 16-9-1956 Gaz. Pal. 1956, 2.233

(٤) NOGENT. 29-6-1956, Gaz. Pal, 1956, 2.233.

فالزوج الذى أصيبت زوجته بمرض معد سواء أثناء إجراء تلقيحها للحمل لحساب الغير أو نتيجة نقل دم أثناء عملية الولادة يصاب بضرر مباشر بسبب ذلك يتمثل في عدم ممارسته الحياة الأسرية بشكل معتاد وبخاصة المباشرة الجنسية خوفا من انتقال العدوى.

فهؤلاء لحقتهم أضرار مباشرة يستحقون عنها تعويضا بشكل أصيل,وهذا ما يعني أن لهم الحق في رفع دعوى مباشرة علي المتسبب في الضرر يطالبون فيها بالتعويض ولا يتقيدون بدعوى المضرور المباشر كما أن المحكمة عند تقدير التعويض تنظر إلى هذه الأضرار فقط ولا تضع في اعتبارها الأضرار التي أصابت المضرور المباشر وبجانب ذلك يثبت لأقارب المصاب الحق في التعويض عن الأضرار الأدبية والآلآم النفسية التي لحقتهم من جراء إعلان إصابة قريبهم بهذا المرض المعدي. ويسمى الضرر المباشر الذي يلحق أقارب المضرور المباشر بالضرر المرتد أو الضرر بطريق الانعكاس[١].

ومما لا شك فيه أنه يجب عدم الخلط بين التعويض عن الضررالمرتد وبين الحق في التعويض الذي ينتقل إلي الورثة نتيجة وفاة مورثهم بسبب الخطأ الذي ارتكبه الطبيب أو لأحد الأبوين البيولوجيين الناقل لنطفة أو مركز التخصيب الصناعى القائم بالعملية. فهذا التعويض الفرض فيه عدم إصابة أحد من الورثة بضرر مباشر. وأنما ما لحقهم جميعاً من أضرار جاء نتيجة وفاة المضرورالمباشر علي إثر الخطأ (صاحبة الرحم المستأجر) فانتقال الحق في المطالبة بالتعويض إلي الورثة تحكمه القواعد العامة إذ يجوز للورثة المطالبة بتعويض عن الضرر المادي الذي أصابهم (بفقد الأم بالرحم باعتبار أن لها أطفال آخرين) لأن الخطأ الذي أدى إلى الوفاة شكل اعتداء علي حقهم في الرعاية قبل مورثهم وإخلالاً من ثم بحق ثابت لهم[٢]. ويقع علي الورثة (الزوج أو الأبويين والأولاد) إثبات أن المتوفية كانت هى العائل الوحيد وأن إعالتها لهم بالرعاية كان من المحقق استمرارها.

---

(١) DOMMAGE par Ricochet ،ou ،dommage par repercussion.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ١٩٧٨، ص ٥٥٤.

على افتراض إمكانية حق زوج صاحبة الرحم المستأجر فى رفع دعوى المضرور بطريق الانعكاس فما هو التكييف القانوني لهذه الدعوى؟ فهل هي دعوى عقدية تثير قواعد المسئولية العقدية أم هي دعوى تقصيرية تخضع للنظام التقصيري؟

يميل بعض الفقه مؤيداً بأحكام قضائية[1] إلى إعطاء المضرور بطريق الانعكاس الحق في الاختيار بين النوعين فله أن يلجأ إلى الدعوى الشخصية التي تقوم علي الأساس التقصيري مسئولية تقيصرية والمتمثلة في الاخلال بواجب قانوني غير عقدي.

ويطالب من خلالها بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء عدم تنفيذ العقد الذي كان قريبه أحد أطرافه. بمعنى أننا ننظر إلى القريب المضرور بضرر مرتد علي أنه أجنبي عن العقد الأصلي غريب عن المتعاقدين وأنما يعد بالنسبة لهم من الغير ولذلك لا يصبح أمامه إلا الطريق التقصيري للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المضرور الأصلي ولحقه أيضا ضرر بسبب ذلك – نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات العقدية من جانب المتعاقد المقصر.

والخيار الثاني الممنوح للمضرور بطريق الانعكاس هو اللجوء إلي قواعد المسئولية العقدية:

وهو جزاء الإخلال بواجب عقدي، فالخطأ العقدي, هو: عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشىء عن العقد[2] وذلك بالاستفادة من قواعد الاشتراط الضمني المقرر لمصلحته من جانب المضرور الأصلي من عدم تنفيذ الالتزامات العقدية.

ولذلك فإنه يتصرف وفقا للنظام العقدي الذي يقوم علي وجود اشتراط ضمني لمصلحة الغير, وهو ما يسمح لهؤلاء بالشكوى من عدم تنفيذ الالتزام

---

(١) GHESTIN. La distinction.... Op. Cit. No.17.

(٢) د/ عبد الرزاق السنهوري. مصادر الحق في الفقه الاسلامي – ج٦ ص١٢٠ استاذنا الدكتور / عبد الله مبروك النجار. التعويض الناشئ عن اتلاف المال. أسسة ومدي مشروعيته في الفقة الاسلامي بالقانون المدني المصري ص١٦٦ وما بعدها بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة (١٩٩٨ – ١٩٩٩م) العدد الواحد والعشرون.

العقدي. ولاشك في أن المضرور بضرر مرتد سيفضل اللجوء إلى الطريق العقدي إذا وجد أنه يقدم له مزايا لا يوفرها له النظام التقصيري. وهو ما يظهر بشكل أوضح عندما يكون الالتزام العقدي غير المنفذ هو التزام بنتيجة. إذ لا يكلف المضرور هنا إلا بالإشارة إلى وجود الالتزام وعدم تنفيذه.

- وبتطبيق الجزاء المدنى المترتب عند إخلال صاحبة الرحم المستأجر بتسخير رحمها بناء على الاتفاق المبرم بينهم. يتبين أنه يستحيل إخضاع العقد بين أطراف عملية الرحم المستأجر للتنفيذ العينى. وذلك يرجع إلى خصوصية هذا العقد وما يصحبه من ضرورة وجود مشاعر إنسانية لتنفيذه. فكيف يصور إرغام التنفيذ العينى على صاحبة الرحم المستأجر بحمل جنين داخل رحمها بناء على حكم قضائى مستعجل. هذا بالإضافة إلى أن حساسية النطف الآدمية وما تفردة الطبيعة عليها من خصوصية يكون تخصيبها وزرعها أى مراحل تنفيذ العقد بمواعيد ومعايير دقيقة ومحددة. فكيف إذا تخضع لدرجات التقاضي حتى ولو كان مستعجل خلاصة الأمر.

لا يمكن التسليم بتطبيق التنفيذ العينى على صاحبة الرحم المستأجر وذلك لخصوصية طبيعة النطف الادمية وللأسباب التى سبق ذكرها.

بما ان للمستأجر بدلا من طلب التنفيذ العينى لالتزام المؤجر بالتسليم أن يطلب فسخ العقد. لعدم وفاء المؤجر بالتزامه بالتسليم فى ميعاده حتى ولو كان هذا السبب راجع إلى قوة قاهرة. وما ذلك الا تطبيق لحكم القواعد العامة فى الفسخ. ونرى من جانبنا أن هذا الجزاء هو مربط الفرس كما يقولون أو الفيصل بين العقدين. لاستحالة تنفيذ الفسخ فى عقد إيجار الأرحام لخصوصية المحل وما يفرضه هذا العقد عليه من مهام رغم أنه يجوز للمستأجرأن يطلب فسخ العقد ولو كان قد سبق له أن نزل عن هذا الحق. هذا من الناحية النظرية. ولكن من الناحية العملية والواقعية لا يمكن تطبيق هذه القوانين على رحم الأم المستأجرة ؛ لأنه أولا كيف يفسخ العقد ومحل العقد هنا عضو رحم أدمى بداخلة روح أو جنين. وفى نفس الوقت لا يعقل أن نضحي بحياة الأم صاحبة الرحم حفظا على الجنين ثانيا بالنسبة إلى تعويض عما أحدثته صاحبة الرحم المستأجر من ضرر

للزوجين كيف يعقل أن تدفع هذه المرأة تعويضا ماديا فى الوقت الذى لجأت هى فيه لتأجير رحمها من اجل احتياجها للمال.

بالإضافة إلى هذا العقد ليس كغيره من العقود من حيث ما تفرضه عليه طبيعته من تغير واختلاف مراحله وارتباطها بتغير أوقاته. فعقد الرحم المستأجر لا يكون على وتيرة واحدة على مدار مدة الحمل, ومن ثم لن يكون الفسخ من وجهة نظرنا أداة فعالة أو تعويضية عما حدث من الإخلال فى التزام صاحبة الرحم المستأجر.

فى حالة لجوء المستأجر إلى القضاء بطلب التنفيذ العينى أو فسخ العقد فأنه يكون له فضلا عن ذلك طلب التعويض[1].

---

(١) عرض موجز لبعض نصوص القوانين المختلفة للتعويض عن الضرر

- فقد نص عليه قانون اتحادى رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الأمارات العربية المتحدة في المواد التالية :

١ - مادة ٩٠ : " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصين أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

٢ - مادة ١٠٦ / ١ يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع.

— ويكون استعمال الحق غير المشروع :

أ - إذا توفر قصد التعدي.

ب — إذا كانت المصالح التي أريد تحقيقها من هذا الاستعمال مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو القانون أو النظام العام أو الاداب

ج — إذا كانت المصالح الموجودة لا تناسب مع ما يصيب الاخرين من ضرر.

د — إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

٣ - مادة ٢٩٣ يتناول حق الضمان الضرر الادبي ، ويعتبر الضرر الادبي : التعدي علي الغير في حريته أو عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي ".

مادة ٢٩٦ يقع باطلا كأن شرط يقضي بالاعفاء من المسئولية المترتبة علي الفعل الضار.

مادة ٢٩٩ : " يلزم التعويض عن الإيذاء الذي يقع علي النفس.

١٨٥

كما نصت علي التعويض عن الضرر محكمة النقض المصرية فقالت : المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى الإخلال بمصلحة مالية للمضرر يكون المضرر محققا ، بأن يكون قد وقع بالفعل ، أو يكون وقوعه في المستقبل حتميا ، والعبرة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة وفاة آخر ، هي ثبوت أن المجني عليه كأن يعوله فعلا وقت وفاته علي نحو مستمر ودائم ، وأن فرصة الأستمرار في ذلك كانت محققة".

رغم أننا لا نرى وجاهة فى تطبيق عقوبة التعويض فى عملية تأجير الأرحام ؛ لأن فى أغلب الأحوال المرأة التى تلجأ إلى إجراء هذه الوسيلة عادة تكون محتاجة إلى المال وقليلة الدخل واحيأنا لدرجة الفقر فكيف يؤخذ منها تعويض الا أنه لا يمنع من التنفيذ عليها به وذلك حتى تفكر كل امرأة يصور لها عقلها قبل الاقدام إلى مثل هذه العمليات.

٢- طبيعة التزام المؤجر هل هو التزام عقدي أم أنه ذات طبيعة تقصيرية:

يحق للمستأجر الذي يلحقه إضرارا سواء بجسمه أو بأمواله الخيار بين الدعوى العقدية أو الدعوى التقصيرية فهو يملك رفع الدعوى علي المؤجر (المالك) من واقع عقد الإيجار المبرم بينهما وتكون المسئولية هنا – بطبيعة الحال – عقدية كما يمكنه رفع دعوى تعويض مباشرة بناء علي أنه مسئول تقصيريا في مواجهته عن الإخلال بالواجب العام المفروض عليه قبل الكافة. لا يستخدم المستأجر هنا حقوق المالك تجاه المعماري بمعنى أن دعواه هنا ليست غير مباشرة ينوب فيها عن المالك وأنما هي دعوى مباشرة يستعمل فيها حقا مباشراً في التعويض قرره له القانون في إطار المسئولية العامة التقصيرية بشقيها وليس هناك اعتداء علي مبدأ عدم جواز الخيرة بين نوعي المسئولية أو الجمع بينهما في هذه الحالة وذلك لأن المخالفة التي يستند إليها المستأجر في لجوئه لجوءه إلي هذه الدعوى أو تلك متباينة والالتزام غير المنفذ مختلف وبالتالي فأن أساس المسئولية ليس واحداً في الحالتين وطبيعتها متباينة.

وبناء عليه فى حالة وجود تقنين ينظم مثل هذه المسائل: ويترتب على ما سبق أن المستأجر المتمثل فى(الزوجين أصحاب النطف)الذي تلحقه إضرارمن خلال إدمان صاحبة الرحم المستأجر للمخدرات أو الكحوليات أو محاولتها للانتحار أو إصابتها بفيروس جنسي نتيجة من معاشرة زوجها لها مما أثر سلبا عن الجنين المتخلق من نطفتهما والمغروس فى رحمها, عندئذ يمكنهم الخيار بين الدعوى العقدية أو الدعوى التقصيرية, فيحق لهم رفع الدعوى علي المؤجر(صاحبة الرحم المستأجر) من واقع عقد الإيجارالمبرم بينهما وتكون المسئولية هنا – بطبيعة الحال – عقدية كما يمكنه رفع دعوى تعويض مباشرة عليها استنادا علي أنها مسئولة تقصيريا في مواجهتها عن الإخلال بالواجب العام

المفروض عليه قبل الكافة.والدعوى التى يقيمها المستأجر هنا دعوى مباشرة يستعمل فيها حقا مباشراً في التعويض قرره له القانون في إطار المسئولية العامة التقصيرية بشقيها. وليس هناك اعتداء علي مبدأ عدم جوازالخيرة بين نوعي المسئولية أو الجمع بينهما في هذه الحالة. وذلك لأن المخالفة التي يستند إليها المستأجر في لجوئه إلي هذه الدعوى أو تلك متباينة والالتزام غير المنفذ مختلف وبالتالي فأن أساس المسئولية ليس واحداً في الحالتين وطبيعتها متباينة.

- هل السلوك السلبي لصاحبة الرحم بالترك دون تدخل مادي حتى موت الجنين أو إسقاط النطفة يختلف من حيث التكييف عن التدخل المادى والتعمد فى الإسقاط ؟ كما أنها هل تعاقب على أساس قتل عمد أم مسئولية تقصير ية على أساس الاخلال بالالتزامات عقد الإيجار؟ هذا مانعرفة من خلال الجزاء المدنى الذى يثبت للمستأجر عند إخلال المؤجر بالصيانه والآثار المترتبة على هذا الاخلال.

(بتطبيق نص المادة ٥٦٨ من التقنين المدنى المصرى)[1] فى حالة تعمد المرأة صاحبة الرحم المستأجر إخلال الالتزام المؤدى إلى إهدار حالة الجنين الصحية نرى أن هذا الفعل لا يعد إخلالا بالتزامات العقد فحسب بل جريمة قتل عمد التى وضع لها القانون نص تجريمي خاص بها.

وبنا على ماسبق أن وردناه بشأن بصيانه محل الإيجار فى القانون المدنى يتضح أن الالتزام بصيأنه محل الإيجار والانتفاع في عقد الحمل المستأجر يقتضي أن تمكن صاحبة الرحم المستأجر الأبويين البيلوجين من الانتفاع برحمها كان يخضعانه باستمرار للفحص الطبي الدوري خشية منهما علي ما تحمله هذه السيدة في رحمها لأنه يخصهما فقط هذا الانتفاع المغالي فيه ، لأننا نعلم أن كل ما تأكله أو تتعاطاه أو حتى تستنشقة الحامل يؤثر تأثير مباشرعلى الجنين هذا بخلاف الحالة النفسية التى تعيشها الحامل كل هذا ينعكس انعكاسا كليا على الجنين.

ومما لا شك فى أن هذا نظريا يمكن أن يتصور. ولكن عمليا نرى أنه من الصعب متابعة ذلك الفحص وخضوع المرأة صاحبة الرحم المستأجر تحت

---

(١) التى تقضى بأنه : - إذا تأخر المؤجر بعد أعذاره عن القيام بتنفيذ الالتزامات المبينة فى المادة السابقة جاز للمستأجر أن يحصل على ترخيص من القضاء بنفسه وفى استيفاء ما أنفقه خصما من الأجرة وهذا دون إخلال بحقه فى طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة

السيطرة طوال مدة الحمل حيث أن الشئ المؤجر هو " الرحم " فكيف للزوجين أن يعاينا الرحم معاينة جيدة والتأكد من خلوه من الأمراض التى حتماً ستنتقل إلى جنينهما إذا مكث فى الرحم فترة الحمل.. فهذا الفرض متصور فقط إذا اخضع الأبويين البيلوجين صاحبة الرحم أما جهاز سونار أو ما شابه ذلك طوال فترة الحمل.

وذلك حتى يسهل عليه التعرف على الرحم وتحديد ما إذا كان صالحاً للانتفاع به من عدمه، وهو فرض صعب الحدوث، ومن ثم لا يستطيع المستأجر فى عقد الرحم المستأجر التأكد من صلاحية الشئ المؤجر للانتفاع به بنفسه، ولابد من طبيب متخصص فى هذا المجال، وهذا ما يتنافى مع عقد الإيجار.

وأخيرا نجد أن مسألة حق المستأجر فى التنفيذ على المؤجر عند الاخلال بالصيانة؛ وذلك من خلال إجراء الترميمات الضرورية المستعجلة لحفظ العين وهى محل الإيجار (عضو الرحم) على أن يكون بحالة صالحة للاستعمال أمرا غير جائز تطبيقية. فهو محتمل وجائز فى الأشياء كالعقارات. ولكنه غير جائز فى الرحم المستأجر. والسبب فى ذلك يرجع إلى الصيانة ومتابعة محل الانتفاع فى عقد الإيجار موجود بالطبيعة ومن السهل بمكان التعرف عليه جيداً وهذا لا يتماشى بطبيعة الحال مع عقد الرحم المستأجر فلو اضطررنا أو اجبرنا على التسليم لهذه العمليه. فلا بديل فى أن تتم تبرعا وتكون صاحبة الرحم المستأجر أو المتطوعة عندئذ قريبة للأبوين من الدرجة الأولى وهذا لضمان أن تتلافى كل ما سردناه فى السطور لذلك يصعب من الناحية العملية تنفيذ (المادة ٥٦٨) من التقنين المدنى بخصوص حق المؤجر فى إجراء الترميمات والإصلاحات اللازمة لحفظ العين على عقد الرحم المستأجر، إذا لايمكن التسليم بإمكانية تسليم الرحم باعتباره محل ايجاروبالتالى لا يمكن ضمان التعرض الصادر من صاحبة الرحم المستأجرباعتبارها كالمؤجر أو من الغير لأصحاب النطف ويعتبر هذا دليلا ثانيا بعدم مطابقة عقد الإيجارعلى عقد إستخدام الرحم الامر الذى يجعلنا نبحث من جهة أخرى عن (حقوق الوليد). وذلك من خلال المركز القانونى للمولود فى الفصل التالى إن شاء الله تعالى.

الفصل الثالث
المركز القانونى للوليد
(حقوق الوليد)

تمهيد وتقسيم:

ومن آياته [وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصِهْراً وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيراً][1].

شرع الله الزواج لاهداف سامية، وأول هذه الأهداف بقاء النوع الإنساني والحفاظ عليه من خلال قنوات شرعية وعلى أكمل الوجوه، وهذا لا يكون إلا بنسل الأزواج بطريق الزواج. ولكلى ينشأ الأبناء نشأة كريمة طيبة، شرع الله لهم حقوقاً مختلفة تؤدى إلى صلاحهم، وأول هذه الحقوق هو ثبوت نسب كل فرد إلى أبيه حتى لا تختلط الأنساب ويضيع الأبناء.

ولما كان للنسب هذه الأهمية في الإسلام أنعكس ذلك على دور الشريعة الإسلامية من خلال موقفه تجاه وضع المرأة وخاصة بعد أن هضم حقها في الأزمنة الماضية فلما جاء الإسلام خاتم الرسالات ومتممها ورفع شأن المرأة. وأعلى مكانتها. وخاصة بعد أن كانت نظرة المجتمع للمرأة قديما على أنها حيوان تباع وتشترى وكانت كالعبيد تقوم بزرع الأرض ورعي الماشية. حتى نفيت عنها إنسانيتها ثم بعد ذلك جاء عهد السبايا ووطء الأمه حتى جاء الإسلام وجعل المرأة عنصرا هاما من عناصر الحياة السعيدة المطمئنة وكلفها بواجبات يتوقف عليها صلاح المجتمع.

ومن هنا تظهر أهمية النسب فى كونها النسيج الذى يشكل الأسرة التي تتكون من وحدة الدم. فالأبناء يتكونون من ماء أبيهم وبهذا يكون الترابط الدائم الذى لا ينفصم عراه إذ لولاه لجفت الصلات العرقية. وتفككت جذورالأسر وتقطعت الأرحام وأنهار البنيان الاجتماعي لذا فقد أنعم الله جل شأنه علي الإنسان بنظام ربانى للنسب لا يضاهيه أى نظام.

---

(١) سورة الفرقان، الآية: ٥٤.

ولا شك من أن النسب يعد من أهم الأثار المترتبة على الإنجاب، سواء أكان طبيعيا أم صناعيا بتأجير الأرحام، فهو يلعب دورا كبيرا فى حين أنه الاصل الذى يتفرع عليه غيره من الأحكام مثل الميراث ومن ثم إذا ثبت النسب ثبت الميراث وكذلك الحضانة وقواعد الوصية للورثة وغير ذلك......، وإذا أنتفي النسب انتفيا[1].

بإستثنى بعض الحالات[2] الشريعة الإسلامية من أهم التشريعات التي اعتنت بالطفل وشرعت له حقوقا تصونه من الجور، ومن هذه الحقوق حق الطفل فى النسب أى أن ينسب إلى والديه وحقه فى الحضانة والرعاية والنفقة وكذلك الحق فى الرضاعة وبه يكون المولود جزءاً آخر من أمه.

وهناك نقطة مهمة سوف نثيرها تتعلق بمسألة الديانه وهى ماذا يحدث إذا اختلفت الديانه بين صاحبة الرحم والأبوين وبالأخص الاب البيولوجى (صاحب النطفة الذكرية)

وكذلك للوليد حق على والديه ولا تملك الأم بالرحم باعتبارها أخذه لحكم الأم كنظيرتها الأم البيلوجيية أن تتنازل عن حق ابنها لأنها لا تملكه وهو باعتبارها مشتركة مع الأم الأخيرة فى الرعاية الطفل وحضانته الطفل له عليها حقوق أكثر من الحقوق التى ترتب على الأم البيلوجيية هو حق الرضاعة مثلا يجب مراعاة الطفل الناتج فى مسألة الميراث أى ميراث هذا الجنين. هل يرث من

(١) مجموع فتاوى شيخ الاسلام احمد بن تينية – جمع وترتيب. عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النحدى الحنبلى ج٣٢ ص١٣٩. مكتبة ابن تيمية

(٢) وأشار اليها ابن تيمية أثناء كلامه عن حكم نكاح البنت من الزنا فقال: " النسب تتبعض احكامه، فقد يكون الرجل ابنا فى بعض الأحكام دون بعض، فابن الملاعنة ليس بابن؛ لا يرث ولا يورث، وهو ابن فى "باب النكاح" تحرم بنت الملاعنة على الاب، والله سبحانه وتعالى حرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، فلا يحل لرجل أن يتزوج بنته من الرضاعه ولا اخته، مع أنه لا يثبت فى حقها شئ من احكام النسب، لا ارث ولا عقل ولا ولاية ولا نفقة ولا غير ذلك، أنما تثبت فى حقها حرمة النكاح والمحرمية، وامهات المؤمنين امهات فى الحرمة فقط لا فى المحرمية، فإذا كانت البنت التى ارضعتها امراته بلبن در بوطئه تحرم عليه وأن لم تكن منسوبة اليه فى الميراث وغيره، فكيف بما خلقت من نطفته؟ فأن هذه اشد اتصالا به من تلك "

جهة صاحب الحيوان المنوى وصاحبة البويضة أو جهة صاحبة الفراش وصاحبة الرحم النسب؟!

ومن هنا تتولد لنا عدة تساؤلات منها:

- هل ينطبق على صاحبة الرحم أحكام الولاية أو الوصايا؟
- هل يستطيع أحد الزوجين رفع دعوى نفى نسب على صاحبة الرحم باعتبارها أم على زوجته عند الشك حكم المرأة المتزوجة – الولد للفراش صاحبة الرحم المستأجر لها فراشين زوجها الاصلى – فراش صاحب النطفة
- هل بالقياس سيصبح هناك أخوة فى الرحم كما يقال أخوة فى الرضاعة؟
- ما هو الوضع القانوني للمولود إذا أنكرت المرأة صاحبة الرحم عملية الاستئجار وقيد المولود باسمها واسم زوجها؟
- من ناحية ثبوت النسب لهذا الجنين إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر ليست ذات زوج، فهل النسب يثبت إلى صاحب الحيوان المنوى أو صاحب البويضة؟
- من أحق بالحضانة هل التى حملت وولدت وهى صاحبة الرحم وهى أمه أم صاحبة البويضة؟

والى غير ذلك من المشاكل التى تترتب على آثارها.. ....

ومن منطلق ذلك أردت أن اوضح حكم نسب الوليد من إستخدام أرحام الغير ثم الآثار التى تترتب على ثبوت النسب التى منها الميراث والحق فى الحضانة، والرضاعة، وذلك من خلال أحكام القانون المصري بأسلوب سهل ميسر، حتي يسهل علينا الوقوف علي أي حكم من هذه الأحكام دون عنت ومشقة، لمعرفة مشكلات ثبوت النسب فى حالات الإنجاب الصناعى غيرالأعتيادية باستخدام رحم الغير في ضوء تلك القواعد الشرعية وقوانين الأحوال الشخصية.

المبحث الاول
النسب

تمهيد:

حمدا لله على اهتمام الشريعة الإسلامية بسن تشريع يحفظ الأنساب, ويربط بين الفروع والأصول برباط قوي وبنيان يشد بعضه بعضا, يتناسب مع ما أمر الله به عباده من طاعة الوالدين وحماية أولادهم علي وجه يحفظهم وقت الطفولة وبذلك ينشأ المجتمع القوي المتماسك البنيان ويمنح الشريعة الإسلامية سلطانا واسعا للعقل الذى مكنته من التفكير وأمرته بالنظر في الكون للوقوف علي الحكم والأسرار لأقوى حجة علي صلاحيته.

كما أن الإسلام اعتبر حفظ النسب من الكليات الخمس ؛ لأن الأسرة هى الدعامة الأولى لبناء المجتمع فهي الركن الأساسي فيها, وهى اللبنة الأصيلة التي لا يمكن الاستغناء عنها عند بناء المجتمع القوى المتحضر وبمقدار قوتها وصلابتها يكون ثبات المجتمع واستقراره وتماسكه.

مما لا شك فيه أن جوهر الرسالات السماوية ومركز البؤرة فيها هو محاولة الحفاظ على الأنساب على مر العصور, والأزمنة ويظهر ذلك فى أهمية ثبوت النسب ، والدليل على ذلك تحريم الرسول - ﷺ- لأنكحة الجاهلية ، وهذا التفاخر بالأنساب له فائدة كبيرة فى صلاح الأسرة وتقويمها.

ولما كان للنسب كل هذه الفوائد الجليلة ، فإن الشريعة الإسلامية جعلته أول حق من حقوق الطفل بعد ولادته, وفى هذا الشأن نجتزى أن نظهر دور الشريعة الإسلامية فى سبغ الحماية للوليد ؛ حيث جعلت له الحق فى ثبوت نسبه من أول حقوقه بعد ولادته وأنفصالة عن أمه حيا, وهذا لأن رابطة النسب تعد سياجا منيعا يحفظ العلاقة الزوجية ونتاج ثمارها- أى الأولاد - من الفساد والفناء, ويكفل لها الإنتاج القوي الصالح، لخير المجتمع الإسلامي ، بل وخير البشرية أجمعين.

ولذلك فقد بدأت بالكلام عليها بنبذة مختصرة من تاريخها. حتى نتمكن من معرفة ماهية الأسباب التى أدت إلى استباحة بعض الأقوام فى التهاون عن أنسابهم وذلك بتأجير أرحامهم..... ثم سنحاول عرض موجز لأنظمة الزواج

والأنساب عند بعض الأمم قديما موضحين وضع المرأة في ظل هذا النظام والتقنين القانوني لتصحيح نسب الأولاد غيرالشرعيين عند الشريعة المسيحية[١] وأخيرا دور الشريعة الإسلامية بهيمنة سلطانها في الحفاظ على الأنساب واقتناع العقل البشرى بنظامها

قديما كان النسب أمراً لا ترى بعض الأقوام وجاهة للحديث عنه، وخاصة قبل مجيء الإسلام فلم يكن هناك اهتمام بنسبة الولد إلى أبيه إذ كان يكفي نسبته إلي القبيلة.وكانت بعض الأسر في آسيا لا ترى تخصيص المرأة لرجل ولا تخصيص الرجل بامرأة إذا كانوا أخوة، ولكل زوجة، كما كان بعضهم يرى نسبة الولد للأم لا نسبته للأب. ومازالت بعض الدول الاشتراكية في أيامنا هذه ترى شيوعية النسب وتعتبر الدولة هي أم الجميع.

ومن ثم كانت الأسرة البدائية علي نظيرها من الحيوان وإن أبسط صورالأسرة هي الأم وأبناؤها، ومما لا شك فيه أن هذه الصورة ونظامها تمثل النتيجة الطبيعية للأسرة عند الحيوان الذي تتكون عنده من الأم وصغارها تبعاً للحالة الإباحية لدى الجماعات البشرية[٢].

وأن الزواج الفردي جاء بعد عصور كثيرة ساد فيها لدى الإنسانية زواج الجماعة أو فوضى الصلات الجنسية، أو بعبارة أخرى الشيوعية الجنسية ؛ لهذا السبب لم تكن هناك علاقة بين الوالد والأبناء.وأن الزواج الفردي كان من ابتكار أجدادنا من الحيوان[٣].

حتى جاء عصرالجاهلية قبل ظهور الإسلام، فكان النسب يتحدد علي الفراش والولادة والادعاء والتبني ، يولد الوليد علي فراش الزوجية أو الملك، فينتسب إلي صاحبه ويولد الوليد من سفاح فيدعيه رجل ويقول أصبت أمه وهو يشبهني ، فيكون له وينسب اليه ، ويكون لديه كالابن النسبي علي السواء.

---

(١) الزواج والطلاق فى جميع الاديان - لجنة التعريف بالاسلام – يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - تأليف فضلة الشيخ عبدالله المراغى – الكتاب الرابع والعشرون ١٣٨٥هـ - ١٩٦٦ م ص ٢٩٦.

(٢) المدخل إلى التاريخ العام للقانون – د/ الدواليبى ص ٢٧٥ ، ابحاث التاريخ العام للقانون، على البدوى ج١ ص ١٤

(٣) قصة الحضارة – ول برانت ج ١ ص ١٦ عن المدخل إلى التاريخ العام ٣

حتي جاء الإسلام ونظم تلك الأوضاع التى توارثوها وأقاموا عليها، وعلاجها كمثيلتها من سائر الأمور التي عدلها أو قضي عليها. حتى جاري الأوضاع وسايرها زمنا ثم قضي علي التبني وأبطل حكمه.

فقال الله تعالي (وما جعل أدعياءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لإبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم)[١].

وأبطل أن يكون الزنا طريقا لثبوت النسب، فقال ﷺ: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) والمراد بالعاهر الزاني، اي أن الولد يكون لصاحب الفراش وينسب اليه. أما الزاني فقد وضع له عقابا وهو إقامة الحد عليه.

وهناك بعض من النظريات التى وضعها علماء الاجتماع[٢] للنظام الأسرى على مر العصور. منهم نظريتا دوبونالد De Bonald[٣] وماك لينان للنظام الأسرى[٤].

---

(١) الاحزاب الايتان ٤- ٥

(٢) مراحل القانون لدوكوجى ج١ ص ٤٣ بالفرنسية.

(٣) المدخل إلى التاريخ العام للقانون – الدواليبى ص ٣٣٨،
نظرية دوبونالد
(De Bonald) C. Bougle et J. Raffault, Elements de Sociologie, p 82 83.

(٤) يرى أحد علماء الاجتماع وهو دوبونالد De Bonald:
"أن الحيوان يولد كاملاً L'animal nait parfait أي مجهزاً بما هو في حاجة إليه للقدرة علي الاستمرار في البقاء وذلك لأن بهيمة الحيوان قد جهزها الخالق من أول الأمر بجميع ما تحتاج إليه لبقائها دون حاجة إلى تربية أو تعليم أو رؤية مثيل تقلده وجعلها تميز بين ما هو خير لها وما هو ضار كما جعلها تبحث عن فريستها من غير إرشاد وتتجنب عدوها من غير تنبيه وما نعلمه للحيوان ونדربه عليه إنما هو لحاجاتنا ولذاتنا لا لحاجة الحيوان ولذاته.
أما الإنسان فيولد قابلا للكمال L'homme nait perfectible أي أنه في حاجة إلي العناية لجعله قادرا علي الاستمرار في البقاء وذلك لأنه يولد في أمس الحاجة إلى عناية بني جنسه ليتكامل نموه ويكون بعد ذلك قادرا علي البقاء. وقد حفت حاجته بكثير من الصعاب المشاق فهو في حاجة أولا إلي من يعني بصحته وغذائه بضع سنوات لا كالسمكة تولد وهي مستغنية عن غيرها وقادرة علي السباحة والبحث بنفسها عن رزقها ثم هو بحاجة بعد ذلك إلى من يعلمه فمن هو ذلك الذي يجب أن يتوفر علي تقديم كل ذلك إلي الإنسان أبان حاجته المحتومة إلى الغير دون أية فائدة ترجي منه أو مطمع فيه؟ أنهما أبواه علي السواء من غير ترجيح لأحد علي الآخر فالأم التي
=

=

وضعته لن تكون بأقل حاجة من طفلها – في كثير من أيام الحمل والحضانة – إلى رجل بعينه يعني بها أو بهما علي السواء من غير مطمع يسعي إليه فيهما أو فائدة ترجي منهما. ولن يقوم بهذه المهمة الشاقة المؤلمة ودون أية رابطة غير الأم التي كان الطفل جزءا منها. ولن يقوم بهذه المهمة إلي جانب الأم أي رجل كان غير الأب الذي ارتبط بهما برابطة الزواج والأنس والدم والحب. وهكذا فرضت طبيعة الأشياء وجود الأسرة من أب وأم وأولادها وجعلت كل عنصر من عناصرها الثلاثة فقط – من غير زيادة ولا نقصان – جزءا من كل متساوين في الإنسانية ولكنهم غير متساوين في وظائفهم الطبيعية.

أن هذا الصرح المكون من هذه المجموعة الثلاثية – أب وأم وأولاد – عبارة عن بنيان يكمل بعضه البعض وهو النواة الأولى للمجتمع البشري في كل زمان من غير شك.

وهكذا أخضع التكوين الإنساني كل شخص إلي أسرته أطول مدة لا يعرف لها مثيل في حياة أي مخلوق وذلك لتعزز بطول حاجته إلي أسرته رابطة الجماعة فيما بينها وهذا ضروري لحياة المجتمع الإنساني وحياة الإنسان الذي هو مدني بطبعه لكن الحيوان ليس في حاجة إلي مثل تلك الرابطة الاجتماعية. وهذه إرادة حكيم عليم قدر خلق الإنسان والحيوان وأعطى كل شئ خلقه ثم هدى فتبارك الله أحسن الخالقين.

والدليل على أن رابطة الدم كانت الباعث الفطري الاساسى الوحيد لتكوين الجماعات القديمة أبحاث التايخ العام للقانون – على بدوى ص ١٥ مدخل ص ٢٩١

هو اختصاص المرأة بزوجها كان هو النظام المقرر فى اصل النشأة وصار التقليد عليه وتأكيدا على ذلك أن أول أسرة نشأت فى الوجود هى أسرة ابوينا ادم وحواء وكان لا يوجد غيره من الرجال ولا غيرها من النساء وإذا فكل منهما مختص بالآخر وليس هناك شيوعية جنسية ولا إباحية ولا يمكن أن يقال ذلك والأولاد والأحفاد الذين جاءوا بعد ذلك أنما نشأوا فى ظل هذين الأبويين ورأى الأولاد ثم الأحفاد اختصاص الزوجة بزوجها فقد أصبح هذا تقليدا يأخذه الابن عن أبيه.

هذا بالإضافة إلى أن الغوغاء الجنسية التى وجدت بعد ذلك فليست الا عارضة وتعتبر شذوذا على الاصل، ولذلك يجب البحث عن أسبابها.

ويستفيد مما سبق أن الخطأ الذى يقع فيه الباحثون هو أنهم تركوا اصل النشأة ثم نظروا بعد ذلك الاصل فيما عرض للبشرية وقد تفرقت أوزعا فى بيئات مختلفة ثم حدوث بعض الوقائع نتيجة الانحراف في بعض لقبائل المتخلفة فكريا وقد اخذوا فى ذلك أمارة على أنها من بقايا المجتمع الفطري الأول وعلى أن الزواج فيه أو اختصاص المرأة بالرجل لم يكن معروفا حينذاك وأنما الزواج من ابتكار الحيوان الذى لم يلبث الإنسان أن قلده فيه وترك ما كان قد نشا عليه من فوضى العلاقات الجنسية فبدأ الإنسان من أم واحدة وأب واحد هو اعتقاد جميع الأديان السماوية وهي العقيدة التى لا يحوم الشك حولها ولا يختلف فيها دين ولا ينكر ها عقل ويرجع الخطأ الذى يقع فيه الباحثين فى موضوع الفوضى الجنسية إلى إغفالهم لهذه الحقيقة

نظرية ماك لينان

ونسوق هنا نظرية كان لها بعض الدوى في هذا الموضوع وهي نظرية ماك لينان Lennan وهو عالم اجتماع إنجليزي.

أنه يفسر في كتابه Primitive marriage أي الزواج البدائي أن ندرة الأطعمة التي كانت في حوزة الرجال الأولين قادتهم قطعا إلى وأد البنات تخلصا من أفواه لا يستفاد

=

=

من أصحابها في كسب الغذاء المحفوف حينذاك بكثير من الأخطار. ومعروف أن الأقوام الرحل الأولين ما كانوا يعرفون الزراعة ولا تربية الحيوانات وكان عليهم إذا أن يعيشوا من الغنائم التي كانوا يحصلون عليها باصطياد الحيوانات الوحشية. ولسوء الأسلحة التي يستعملونها كانوا في أشد الحاجة إلي رجال أشداء مهرة في الصيد ولذلك كان من الطبيعي أن يربوا صبيانا أقوياء لا إناثا لا يستطعن أن يعتمدن علي أنفسهن في كسب الرزق.

وهكذا ذهب ماك لينان إلي أن ممارسة وأد البنات في الأزمنة الأولى جعلت المرأة نادرة ودفعت إلي الأخذ بشيوعية المرأة وإباحتها لجميع الرجال في داخل كل مجموعة من الناس أي أن كل مجموعة من الرجال قد اتخذت امرأة واحدة لجميع أفرادها.

وقد كان شاهد ماك لينان علي نظريته ما كان يراه من الأقوام الهمج في آسيا وأفريقيا وأمريكا ومن وراء ذلك استنتج النتائج الآتية:

أولا: أن هذه الندرة التي حدثت للنساء قد دفعت الناس إلي اختطاف نساء المجموعات المجاورة وقد قرر أن هذا كان أمرا معتادا.

ونرى من جانبنا أنه بالفتوى الصادرة بشأن إباحة تحديد نوع الجنين التى سبق وأن بيناها تفصيلا من هذا البحث سوف نرجع إلى الوراء ونكرر الأخذ بمبدأ شيوعية المرأة وإباحتها لجميع الرجال وذلك ولعدم التكرار والإطالة للأسباب التى سبق وأن ذكرناها التى منها سوف يزداد عدد الرجال عن النساء وهذا لأننا مجتمع نميل فيه إلى إنجاب الذكور.

ثانيا: قد أصبح اتخاذ الرجال امرأة من بينهم أمرا استثنائيا بل مخالفاً للعرف.

ثالثا: أن فكرة الزواج من الغرباء عن المجموعة تعتبر أمرا قائما علي عرف اكتسب قوة الحكم الديني وأن الخروج علي هذا العرف يستوجب عقوبة مفروضة من قبل أرواح الأجداد.

رابعا: أن ندرة النساء قد نتج عنها بطبيعة الحال جهالة الأبوة وخاصة أن النساء اللائي يختطفن كن يرجعن إلى ذويهم السابقين بالاختطاف كذلك ثم يتكرر مرة ثانية وثالثة وهكذا دواليك في أثناء مدة الحمل وهذا ما أدى إلى نظام الأمومة في الأسرة هذا النظام الذي يعتبر أن الأم هي الوسيلة الوحيدة للدلالة علي النسب.

خامسا: أن نسب الأولاد يكون للأخ الأكبر باعتبار أنه أول من اتصل بالمرأة قبل اخوته.

نقد نظرية لينان:

إلا أن هذه النظرية — التي استهوت الكثيرين من مفكري القرن التاسع عشر — لم تلبث أن اصطدمت بحملات عنيفة جدا من قبل العالم الاجتماعي هربرت سبنسر Herbert Spencer ومن غيره من كبار العلماء الذين أخذ عددهم في الازدياد إلي أن رفضت رفضا باتا.

وكان من الردود علي هذه النظرية:

أولا: أن شيوع المرأة Promiscuite sexuelle أنما هو افتراض قائم علي وقائع شاذة مثل زواج الأخ من أخته في مطالع الأزمنة التاريخية وخاصة في اليابان وبيرو ومثل ما يحكي أيضا من أن زواج الأخ بأخته مازال معروفا حتى اليوم في الطبقة الاجتماعية العليا من جزر هاواي وكذلك تعدد الأزواج الذي يعرف بصورة شاذة عند بعض قبائل الاسكيمو لا جميعهم وعند بعض القبائل الجبلية من الطبقات الدنيا Degradees

=

=

وعند بعض سكان التبت Tibet من الفلاحين وعند جماعة الواهوماس Wahumas من افريقيا الشرقية وكذلك عند الأقزام السود Negritos من سكان جزر أندمأن Andaman في خليج البنغال في الهند ممن هم أكثر فسادا وانحلالا وكادوا ينقرضون اليوم.

وفي الحقيقة أن شيوع المرأة وتعدد الأزواج في الوقت الحاضر يعتبران من الوقائع الاستثنائية التي لا تحدث إلا لدى القبائل المنحطة جدا في مستوى البشرية ثم هي غرائب تشاهد في بعض الفروع البشرية لا في أصولها حيث يجهل الجميع اتصالها بعهد البشرية الأولى.

ثانيا : هذه الوقائع لدى الحيوانات ليست بالوقائع العامة الشاملة فهي ليست من سلوك الطبقة العليا القريبة الشبه من الإنسان فلا توجد لدى كبار القرود حيث تعيش هذه القرود في حياة كثيرة التنقل وهي في جماعات مؤلفة من ذكر وأنثى أو أنثيين مع صغارهما ولم يشاهد في الاتصال بين الذكر والأنثى شئ من مظاهر الشيوع الجنسي.(مراحل القانون لدوكوجى ج١ ص ٤٤ بالفرنسية).

ولذلك لا يمكن التدليل بشئ ما علي أن شيوع الأنثى الواحدة بين الذكور promiscuite أو تعدد الأزواج Polyandrie قد وجدا في العصور البدائية.

ثالثا : أن كثيرا من القبائل اليوم ممن يؤخذ عنها الدليل علي شيوع المرأة وتعدد الأزواج قديما أنما يمارسون في صلاتهم الجنسية نظام اختصاص الزوجة بزوج واحد وذلك مثل الكثيرين من أقزام إفريقيا Pygmees d'Afrique وجماعة الفيداس في سيلان Les Veddas de Ceylan.

وإذا لا مرجح للقول بأن الاصل في المجتمعات البدائية شيوع المرأة وتعدد الأزواج حيث يقال : ولماذا لا يكون الأصل هو اختصاص كل زوجة برجل؟

Westermarck (C. Bougle et J. Raffault ،Elements de Sociologie)

رابعا : أن بعض علماء الاجتماع مثل يقرر أن حرية الصلات الجنسية قد برهنت بنفسها علي أنها تزداد مع التقدم في المدنية ومعنى ذلك أن شيوع المرأة ليس من خصائص الحياة الأولى في نشأة الإنسان.

خامسا : قد لوحظ في بعض الحالات أن شعبا ما عندما ينحط تنحل معه شيئا فشيئا نظم الزواج واختصاص الزوجة بالزوج وتشيع فيه حرية الصلات الجنسية بصورة متزايدة من يوم لأخر حتى تصبح شبيهة جدا بشيوع المرأة ذلك الشيوع الذي اعتبره بعض علماء الاجتماع مثل ماك لينأن ولوبوك من خصائص الحياة البدائية الأولى للإنسان ٤مراحل القانون(Les etapes du droit ج١ ص ٤٤

أولا :

يرى البعض ونؤيده في أن شيوع المرأة Promiscuite sexuelle أنما هو افتراض قائم علي وقائع ليس لها أساس وأن كان هناك بعض الظواهر مثل زواج الأخ من أخته في مطالع الأزمنة التاريخية وهذا مقتصر على فئة معينة ولأسباب معينه من بعض العائلات ولكن سرعان ما اندثرت لكونها ظاهرة كما سبق وأن بينا وسرعان ما تنتهي ومن ثم نرى من جانبنا أن ماك لينأن أخفق عندما استدل علي نظريته بما كان يراه من الأقوام الهمج في آسيا وأفريقيا وأمريكا فى اتخاذهم بفكرة أن الزواج من الغرباء عن المجموعة تعتبر أمرا قائما علي عرف اكتسب قوة الحكم الديني وأن الخروج علي هذا العرف يستوجب عقوبة ورأى أن بهذا اكبر دليل على أن الأصل هو شيوع المرأة جنسيا ولكننا

=

الفوضى الجنسية عند الأمم القديمة على مر العصور[1] نظراً لأن صلاح الأسرة هو أساس المجتمع فقد بدأت بالكلام عليها بذكر شئ من تاريخها، بالرجوع إلى تاريخ الأمم البدائية. فهناك بعض من الفوضى الجنسية مارسها البشر كالحيوانات كما سبق وأن ذكرنا. فجمعت المرأة في وقت واحد بين رجال متعددين، لا هم لكل واحد منهم إلا قضاء الشهوة الجامحة وإطفاء الغريزة. فلا يرجو لعمله ثمرة ولا يرقي نتيجة فكانت الحياة فوضى والناس أشبه ما يكونون بالحيوانات كما سبق وأن بينا وكما رأى البعض وبالرغم من ثمرة الفوضى الجنسية التي كانت حصاد بعض الأمم على مر تاريخ الإنسانية. الا أنه هناك بعض الأنظمة[2] (التى حافظت علي الأعراض وعاقبت علي ارتكاب الفاحشة

=

نرى أن سبب أنزال العقوبة على من يتزوج الغرباء هو المحافظة على الأنساب والأعراق باستمرار السلالات وعدم اختلاطها لأن قديما كان يقول فلأن ينتمي إلى قبيلة كذا أو عائلة كذا وهذا اعتقادا منا للترابط الاسرى وليس لشيوع المرأة كما يدعى ماك لينأن ثانيا : رغم أننا نؤيد بعضا من معارضي هذه النظرية مثل العالم الاجتماعي هربرت سنسر Herbert Spencer فى جزء منها وهو أن شيوع المرأة وتعدد الأزواج في الوقت الحاضر يعتبران من الوقائع الاستثنائية وطبعا هذا في بعض الدول المنحطة على حد تعبيرهم ولكننا نزيد عليه فى كونها ظاهرة وليست من الوقائع الاستثنائية لأن هناك فرق بين الاثنين من حيث أن الأخيرة تحدث بناء على نظام سائد ومستمر ومنظم وتكون استثناء على القاعدة واختفائها يكون ببطء أما الظاهرة فليس لها أساس لذلك يقال عليها العامة تقليعة وسرعان ما تختفي وتضمحل الا أنه يؤخذ عليه في اقتصاره علي وجود هذه الظاهرة في الدول المنحطة فقط لأنه وللأسف الشديد هناك صور قد تطرأ علينا وللأسف في عالمنا والاسلامي ونسال الله عز وجل أن تكون اختفت منها قضية تبادل الزوجات وليس معنى ذلك أن يكون هناك شيوع المرأة فتعد هذه من الظواهر استثناء على اصل القاعدة وسرعان ما تنتهي

(١) الأسرة والمجتمع ص ٥٨ — ٦٦ المقارنات والمقابلات ص ٣٢٢ — ٣٢٤

(٢) (كنظام الزواج والطلاق البابليان) مواد الزواج وحقوق الزوجين قديما.

مادة ١٤٤ — إذا تزوج رجل كاهنة وأعطته جارية لتلد البنين ثم أدار الرجل وجهه ليتزوج خليلة فينجب منعه من التزويج بها ولا يجوز له اتخاذ خليلة.

مادة ١٤٥ — إذا تزوج رجل كاهنة ولم تلد له أولادا وقرر أن يتزوج خليلة ثم تزوجها وجاء بها الي بيته فالخليلة سوف لا تكون في مستوى الكاهنة.

مادة ١٤٦ — إذا تزوج رجل بكاهنة وجاءت له بخادمة لتلد له أولاداً ثم أن الخادمة أقامت نفسها مقام سيدتها لأنها ولدت له أولاداً فليس للكاهنة زوجة الرجل أن تبيعها بفضته ولكن لها أن تربيها وتعدها من بين العبيد.

مادة ١٤٧ — إذا لم تلد الخادمة لسيدها أولادا حق لزوجته الكاهنة أن تبيعها بفضته.

=

بأشد ما يكون من العقاب, لكن جميع هذه الأنظمة لم تكن إلا وليدة المصادفة, وكان ينقصها الأحكام والاستقرار, حتى تمتلئ النفوس باحترامها وتقديسها والمحافظة عليها.

لا خلاف أو جدال بين الديانات السماوية الثلاثة حول مشروعية الزواج, وأنه السبيل الوحيد للتناسل لاثبات النسب وبقاء النوع, وهذا أمر فطري غريزي, إذ أن جميع الحيوانات مدفوعة إلي التلقيح بدافع الشهوة البهيمة فيها, فهي مضطرة إلي ذلك وحريصة علي التناسل والمحافظة علي نتاجها والاعتناء به فالإنسان أولى من سائرالحيوانات بما أوتى من العقل أن يعمل بمقتضى فطرته علي أن ينضم إلي شريكة له في حياته بطريقة منظمة توفر له الراحة والمتعة. فمنذ وجد النوع البشري علي الأرض وجد الزواج والاجتماع بين الرجل والمرأة لا تشذ أمة عن السنة, فهي من سنن الله (فلن تجد لسنة الله تبديلا)[1], وقد اختلفت الأمم وتباينت في تحديد الطريقة التي بها يجتمع الرجل بالمرأة.

فبعض الأمم ترى وجوب تعدد الزوجات تكثيراً للنسل, وبعضها ترى وجوب تعدد الأزواج للمرأة الواحدة خصوصا في البلاد التي يقل فيها عدد النساء عن الرجال كما أن بعض الأمم يقتصر زوج واحد لزوجة واحدة, لذلك سوف نقوم بعرض تفصيلي مختصر عن أنظمة الزواج عند الأمم القديمة, حتى نهتدي للعلة أو السبب الذى جعل بعض المجتمعات تتقبل فكرة الإخصاب خارج العلاقة الزوجية.

تزوج المرأة بعدة رجال: يكثر هذا النوع من الزواج في الشعوب البدائية عند بعض الأمم حيث يوجد نظام يباح بمقتضاه لجماعة من الرجال أن يشتركوا في زوجة واحدة فتكون حقا مشاعا بينهم.

أشكال تزوج المرأة بعدة رجال

=

مادة ١٤٨ — إذا تزوج الرجل بامرأة ثم وقعت في المرض وقرر أن يتزوج غيرها فله أن يفعل ذلك ولكن ليس له أن يطلق زوجته الأولى التي أصابها المرض أما هي فلها حق السكنى في زوجها الذي بناه وعليه أن يعينها مادامت في قيد الحياة.

(١) سورة الاحزاب الأيه ٦٢.

الشكل الأول:-

فى حالة وجود قرابة فى الدم, ويكون هذا في بعض الأحيان في الأزواج الذين بينهم رابطة قرابة, فيعملون على الاشتراك في زوجة واحدة, وبالرغم من ذلك هناك اختلاف بين منزلة هؤلاء الأزواج, فهناك بعض الأنظمة التى تختلف منزلة الأزواج فيها وأخرى تتحد منزلتهم كالآتى :

١- المساواة بين الأزواج في الحقوق والواجبات والأبوة للذرية. أى يعتبرون جميعاً آباء لمن تأتي به الزوجة من أولاد.

٢- اتخاذ أحد الأزواج زوجا أصيلا.

فينسب اليه وحده جميع من تأتي به المرأة من أولاد, ويعتبر من عداه أزواجا من الدرجة الثانية لهم مساكنة الزوجة في مقابل بعض الواجبات التى تلقى علي عاتقهم أو بغير مقابل.

ويوجد ذلك النوع في جنوب الهند وعلي حدوده الشمالية وخاصة لدى قبائل (جوانواريس. زيلندة الجديدة – وجزائر ماركيز وجنوب أمريكا وفي بعض جهات كناريا من غرب أفريقيا وفي اليوسيين من آسيا وجبال هملايا وغير ذلك من السكان.

فقد جرت عادتهم أن يتزوج الأخ الأكبر, فتصبح زوجته زوجة لجميع إخوته, والمرأة تتمتع بإخلاص جميع أزواجها. ومصالح البيت تكون موزعة علي هؤلاء الأزواج. والحكومة الهندية تحاول إخضاع هذه القبائل لقانونها العام الذي لا يبيح مثل هذه الحالة.

والعقائد الدينية عند هذه القبائل لا تزال تعوق جهود المصلحين, ويظهر أن هذا النظام نتيجة الفقر وعدم وجود القدرة عند الرجل علي القيام بشئون أسرة مستقلة يقوم فيها بشئون أبنائه. وفي بعض قبائل العرب في الجاهلية كان الولد يشارك أباه في زوجته.

والشكل الثاني: لهذا النظام أن يباح تعدد الرجال لامرأة واحدة بدون تقيد بوجود رابطة قرابة بين الأزواج. وهذا النوع كان موجودا في الجاهلية. وقد يباح التعدد علي وجه يجعل الزوجة متصلة بزوج واحد ويباح لغيره أن يساكنها لا علي أنه زوج. ويسمى هذا نكاح الاستبضاع سبق وأن تحدثنا عنه بشيء من

التفصيل. وقد كان شائعاً عند الرومان وفي الجاهلية. فقد كان الزوج يسمح لزوجته أن تتصل برجل عظيم لتأتي له بأولاد نجباء ينسبون اليه ويحملون اسمه. بل كان هذا النوع يعد من الفضائل عن الاسبرطيين. ومن عيوب هذا النظام أنه يؤدي إلى ضعف غريزة الغيرة عند الرجال علي النساء لأن المرأة تصبح مشاعة بين رجال متعددين لا تحمل النخوة واحدة منهن علي المحافظة علي كرامتها[1].

تزوج الرجل بامرأة واحدة من أنظمة الزواج نظام يوجب ألا يتزوج الرجل بأكثرمن إمرأة واحدة في وقت واحد ولا المرأة أكثر من زوج واحد كذلك. وقد أخذ بهذا النظام كثير من المجتمعات الإنسانية قديمها وحديثها متحضرها وبدائيها. وساد علي الأخص في العصور القديمة عند قدماء اليونان والرومان. ويسير عليه في العصر الحاضر جميع الأوروبيين وسلالاتهم بأمريكا واستراليا وغيرهما وقد جعلته الشريعة المسيحية المثل الأعلى للزواج. وإن لم يرد في الإنجيل نص صريح يدل علي تحريم تعدد الزوجات. وإنما فهم بعض الفقهاء المسيحيين هذا المعنى من عبارة في الإنجيل لا تدل دلالة صريحة علي ذلك.

وقد صار قدماء المسيحيين علي هذا النظام. لأن معظم الأمم الأوروبية التي أنتشرت فيها المسيحية في أول الأمر – وهم اليونان والرومان ومن جاء إليهم – كانت التقاليد عندهم تحرم تعدد الزوجات وقد سارت علي هذا النظام بعد اعتناقها المسيحية علي ما وجدت عليها آباءها فلم تكن وحدة الزوجة لديها نظاما طارئاً جاء به الدين الجديد الذي دخلت فيه وأنما كان نظاما قديما جرى عليه العمل قبل ذلك. غير أن الأوضاع الكنسية المسيحية قد استقرت الآن علي تحريم هذا التعدد واعتبرت هذا التحريم من تعاليم الدين كما يتضح ذلك جليا عند الكلام علي الزواج عند المسيحيين[2].

ولهذا النظام أضرار يضج منها المجتمع الذي يسوده. لأن عدد الأخدان والعشيقات يزداد في تلك البلاد زيادة تخل به.

---

(١) الأسرة والمجتمع ص ٧٢ - المقارنات والمقابلات ص٣٤١ – المرجع السابق.
(٢) الاسرة والمجتمع ص ٧٢
المقارنات والمقابلات ٣٤١

تزوج الرجل بعدة نساء تدعونا شريعتنا السمحاء الشريعة الإسلامية التى نعتبرها أم الشرائع وذلك دليل على استمرارها وصلاحيتها لكل العصور. وهذه هى طبيعتها فهي تنظر إلي الصالح العام. وتهدف إلي تحقيقه

ولهذا تبيح التعدد لإنه ليس من الصواب منع التعدد في بعض الأحوال. كما أنه ليس من المصلحة إباحة التعدد في بعض الأحوال. وم ثم نرى أن الفيصل فى هذه المسألة هو العبرة بالسبب الداعي إلى التعدد ونرى من جانبنا أن هناك بعض الأمور لا تعالج إلا بتعدد الزوجات مثل مشكلة النساء اللائى تؤجر أرحامهن. فبدلا من أن يؤجر الرجل رحم سيدة فما المانع من أن يتزوج غير زوجته رغبة للإنجاب الذى شرعه - الله تعالى - .

ويعترف بعض المفكرين من الأمم التي لا تدين بالتعدد أن تحريمه شر. وبيل علي الفضيلة. إذ أن مساوئ المخادنة والمعاشرة بدون زواج لا تزال تنغص الحياة الزوجية وتجعلها مضطربة مختلة. فقد خطب أحد رجال الحكومة الفرنساوية خطبة ذكر فيها أن عدد الأولاد اللقطاء المجموعين في الملاجئ بلغ حداً عظيما أرهق ميزانية الملاجئ. وما ذلك الا نتيجة عدم التعدد. ولا تزال مشاكل عدم التعدد تعصف ببعض المجتمعات وتتطلب حلولا عاجلة تحقق المصلحة[1]. ولا سبيل لعلاج هذه المفاسد إلا بالأخذ بما جاءت به تعاليم الإسلام من مراعاة المصلحة العامة وظروف المجتمع وإيجاد توازن بين الرجال والنساء اللائي يكثرن أحيانا فيكون من المحتم وضع صمام يمنع تسرب الفساد وذلك نرى بتعدد الزوجات لرجل واحد إذا تطلب أمر وهذا ما أمر به الله - عز شأنه - .

ونرى من جانبنا أن عدم سماح بعض القوانين أو الشرائع الدينية بنظام تعدد الزوجات أسفر عنه مشكلة الرحم المستأجر التى نعتبرها صورة من صور الجواري والسبايا ؛ لأنه جعل الرجل يلجأ إلى امرأة أخرى تحمل نطفة زوجته أو نيابة عنها بدلا من أن يتجه إلى الحل الأيسروالمشروع. وهو التزوج من امرأة أخرى تحقق أمله فى الإنجاب. لذلك لو عقدنا موازنة أو إحصائية بين الدول التى

(١) المقارنات والمقابلات ص ٢٣٦ – ٢٣٩
الاسرة والمجتمع ص ٦٦ – ٧٢.
دائرة معارف وجدي جزء ٤ ص ٦٩١ – ٦٩٣

تكون منها مؤجرات الأرحام لوجدناها من الدول الفقيرة أي الدافع لدينهن هو المال وهى الأكبر طبعا. أما الدول التى يحتاج الأزواج فيها إلى الإنجاب لأسباب قد ترجع احيانا إلى العقم تكون دولهم فى الغالب لا تبيح التعدد وتمارس نساؤها الإنجاب بتأجيرالأرحام وهى الدول الغربية. الامر الذى يجعلنا نهتم بدراسة موقف القوانين الوضعية والفقه الاسلامى من دعوى إنكار النسب ثم طرق ثبوت نسب ابن الرحم التى منها البصمة الوراثية وهى التى تهم موضوعنا محل الكتاب. ثم نقوم بعرض لآراء العلماء فى نسب المولود من الرحم المستأجر ثم المشكلات المترتبة على مسائل ثبوت النسب وبالتالى الآثار التى تترتب على ثبوت النسب إن شاء الله تعالى.

المطلب الاول

موقف القوانين الوضعية والفقه والاسلامى من دعوى إنكار النسب(١)

هل يستطيع أحد الزوجين رفع دعوى نفى نسب على صاحبة الرحم بموجب العقد المبرم بينهما وباعتبارها أم الطفل التى ولدته بنطفتهم قانونا كما يحق فى الأحوال العادية برفع الزوج دعوى نفى نسب على زوجته عند الشك فى عدم انتماء الطفل المتفق عليه إلى نطفهم (كان تؤجر لغيرهم ويترتب عليه اختلاط النطف أو يعاشرها زوجها بعد غرس نطفهم فى رحمها فتحمل منه على لقيحة الأبوين البيولوجين فتلد توأما)؟

وبدون شك إن هذه حالة يأخذ امامها العقل موقف حيرة.لأن صاحبة الرحم المستأجر لها فراشان زوجها الأصلى– وفراش صاحب النطفة فإلى أى فراش ينسب....؟

لمعرفة حكم هذه الحالة لابد من أن نتناول دراسة الموقف تجاه حق الزوج فى إنكار نسب الولد المتخلق فى رحم زوجته بنطفة غيره. ثم نقيس حكم هذه المسألة على مدى أحقية الأبوين البيولوجيين فى رفع دعوى إنكار النسب عند الشك فى الطفل المتخلق من صاحبة الرحم المستأجر بناء على الاتفاق المبرم

---

(١) "فقد نصت المادة ١٥ من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أحكام في ذات المعنى : "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة".

بينهما, وذلك من خلال عرضنا لموقف القانون الفرنسي والقانون المصري ثم نختم برأى الفقه الاسلامى إتماما للوصول إلى حكم كامل والله أعلم.

هناك بعض الاختلافات بين رأى العلم ورأى الدين بالنسبة إلى نسب الطفل المتولد. رأى الدين يقول : أن الولد للفراش وبتطبيق هذه القاعدة على عملية الرحم المستأجر يصبح نسب الولد إلى صاحبة الرحم المستأجر وزوجها, مما يؤدى إلى موافقة زوج المرأة المستأجرة أساسية فى هذه العملية هذا بالنسبة إلى المرأة المتزوجة, ولا تتم الا بموافقته باعتباره أنه سيصبح أبا لهذا الطفل المولود من رحم زوجته.

أما لو طبقنا رأى العلم سيكون الأب والأم لهذه العمليه هما أصحابا النطف البيلوجيية ولا عبرة بموافقة الزوج, وهذا الاختلاف أدى إلى تخبط معظم الأطباء فى آرائهم تجاه هذا الموضوع.

ولقد بات واضحا ما خلفته قضية تأجير الأرحام من مشاكل كبيرة ، فلقد تنازع الفقه القانوني والشرعي على النسب جهة الأم, مما أثمرعنه جدالات ومناقشات (فى حقول) عديدة فى عدة مجالات فلسفية واجتماعية وطبية, الأمر الذي جعل من حسم مشكلات النسب المتعلقة بتلك الوسيلة الإنجابية أمراً عسيراً ومحيرا عن نسب الولد الناتج من ثمرة هذه العلاقة الغير مشروعة؟ هل الولد ينسب إلى الأم التي حملته ووضعته (الأم الحقيقية) أم الأم التي غذت الولد بعد ولادته (وهي الأم من الرضاعة) أم الأم التي ينبغي أن تكرم لسبب سمو مكانتها فى الإسلام وتبعيتها لسيدنا(رسول الله ﷺ) لا غيره وهن : (أمهات المؤمنين). تلك هى باقة الأمهات التى تحدث عنها القرآن الكريم حيث ذكر لكل مسمى أم من الأمهات اللائى تحدث عنهن صفات تخصها وتشريعات تترتب عليها؟

ولكن بعد ظهور مثل هذه التقنيات وما خلفته لنا من نتائج, مفروض علينا أن نواجهها, هل يمكن لنا أن نسلم بوجود نوع أمومة جديد لم يكن موجودا من قبل يسمى الأم الوالدية؟ أى الأم التى حملت ووضعت بنطفة غيرها لظروف قد تكون مرضية عند صاحبة البييضة, وهذا نوع من الأمومة لم يذكر فى القرآن عنه شيء, ولكن هذا ما أثمرته الطبيعة البيولوجية من نتاج, ويعتبر هذا ضمن الاجتهادات التى تتطلب منا البحث والتمحيص.

وإتماما للفائدة المرجوة من هذا الكتاب, يجب الا نخلط بين شرعية الإنجاب بواسطة استئجار الرحم وبين الأثارالمترتبة عليه من حيث النسب والميراث والحق فى الحضانة والرضاعة تباعا, وذلك علي فرض اللجوء إلى هذه العملية لأن وسائل الإنجاب عامة لا يقتصر أمرها علي إتيان شئ محرم يأثم فاعله, بل أنها تخلف حالة إنسانية يجب معالجة أوضاعها القانونية, وهي الطفل المتخلق دون أن يكون له دخل فى الطريقة التى أتى بها.

ولأن الخلط بينهما سيضع الأمومة البيلوجية والأمومة بالرحم على كافة الميزان, وهذا غيرعادل, لعدم شرعية عملية الإنجاب بإستئجارالرحم كما سبق وأن بينا, أى أنه لا يعنى عرضنا لمسألة الأنساب أننا نبيح هذه الوسيلة, ولكن الذى نسعى اليه مفاده مدى انطباق قواعد الأنساب فى القانون الوضعي والفقه والإسلامى على المولود من الرحم المستأجر باعتبار أنها واقعة حدثت بالفعل, الأمر الذى حدا بنا إلى معرفة وجهة نظر كلا من الفقه القانوني والفقه الإسلامى حول نسب المولود.

فقد استبان لنا وجود اختلاف بينهما, وذلك من خلال استعراضنا لنظرية كل منهما على حدة ، فالفقه القانوني جسد نظريته بمفهوم علمي على أساس معيار فسيولوجي الجسد من خلال الجينات الوراثية التى تضفي مصداقية انتماء الأبناء لآبائهم, ولا تدع مجالا للشك حول نسبهم مما يعطى الفرصة للتواصل والتماسك الأسري.

أما الفقة الاسلامى فقد اتجه أهل الفقه إلى الاعتماد على التابع الوراثي بين الأجيال, ونصبوا أنظارهم تجاه الوقائع المادية التي تجسد المشاق التي تقطعها الأم من الحمل والوضع والإرضاع, لأجل ذلك فقد بنوا فكرة الأمومة مقامة علي أساس الحسي المتجسد فيه فكرة الأمومة وشعورها بالآلآم الجسدية المتمثلة فى الحمل والولادة والإرضاع.

أولا: موقف القانون الفرنسي تجاه حق الزوج فى إنكار نسب الولد المتخلق من رحم زوجته بنطفة غيره

اختلفت رؤية القانون الفرنسي ما بين قبل وبعد إجازة التبرع بالنطف المنوية

١ـ قبل إجازة التبرع بالنطف المنوية فى البداية قبل أن يقنن القانون الفرنسي إجازة التبرع بالنطف المنوية وهذا ما صارت عليه بعض القوانين الأخرى(١).

أعطى الزوج حق إنكار نسب الطفل المتخلق بأحشاء زوجته التي لقحت بنطفة متبرع بالرغم من أسبقية موافقته على ذلك وهذا ما ذهب اليه حكم محكمة نيس الابتدائية حيث أسست المحكمة حكمها بأحقية الزوج في إنكار نسب الطفل الذي تخلق برحم الزوجة عن طريق تلقيحها بمنى متبرع علي أساسين: الأول هو أن الزوج قد أثبت بالفعل أن الولد ليس من نطفه, فهو ليس أباه البيولوجي لكونه عقيماً عقماً دائماً, لا تفلح الوسائل الصناعية في البرء منه, وإلا لو كان مخصباً فلماذا التجأ لتقنيات التلقيح الصناعي بنطفة غيره من الأصل.

الأساس الثاني: هو أن دعاوى الحالة وبصفة عامة لا يجوز التنازل عنها, وعليها فإن غل يد الزوج عن ممارسة هذا الحق في إنكار النسب والمقرر له بموجب

---

(١) ومن التشريعات التي حسمت مسألة أنكار الزوج لنسب الطفل المتخلق من نطفة غيره القانون الكويتي حيث نص في المادة ١٦٨ من قانون الأحوال الشخصية علي حكم قانوني ولا شك ليواجه حالات زنى الزوجة ولتقرير حق الزوج في أنكار نسب النسل المتخلق عن ولكن هذا الحكم يمتد ليشمل حالات التلقيح الصناعي كذلك لكونها لا تختلف عن التلقيح الطبيعي في شئ سوى الوسيلة التي يعسل بها المني لرحم المرأة ليعلق به وهذا الحكم الذي ورد في هذه المادة هو أنه لا يثبت النسب من الرجل إذا أثبا أنه غير مخصب أو يوجد لديه مانع أو خلقي يمنعه من التوالد مطلقا. ويترتب علي هذا النص نتيجة واضحة تماما وهي أن الزوج الذي يلتجأ إلي تلقيح زوجته صناعيا بنطفة الغير له أن ينفي ذلك النسب ليس في وقت الولادة فقط وأنما يمتد حقه إلى ما بعد الولادة شريطة أن يثبت أنه غير مخصب أو يستحيل أن منه الولد نظراً لما به من عيوب خلقية أو مرضية ترتبط بأبضاعه التناسلية.

ويستنبط من مضمون النصوص الواردة في التشريع الكويتي دلالة قاطعة وجيدة وهي أن نسب الطفل المتخلق من منى غير الزوج لا يثبت في الأصل جهة الزوج وذلك يستفاد من نص المادة ١٦٨ أحوال شخصية كويتي التي تقرر أنه: لا يثبت النسب من الرجل إذا أثبت أنه غير النسب فهذه المادة منعت من الأصل ثبوت النسب لرجل غير مخصب من البداية ويرتب ذلك مهمة مفادها أن الزوج حينئذ يكون في غير حاجة إلى أنكار نسب لم يلحقه من الأصل. للزوج مكنة الأنكار فأن أنكار النسب يعني ثبوته قانونا كما أن ثبوت النسب للزوج يعني احتمال كبير أن يكون هذا النسب من مائه وهذا الاحتمال لا يمكن الأخذ به في ظل إصابة

الزوج الواقعية بعجز دائم عن الإخصاب الأمر الذي يضفي علي أحكام القانون الكويتي الكثير من الواقعية بإقراره قانونا كي تتفق في النهاية الحقيقية الجينية للطفل مع الحقوق القانونية والواقع الاجتماعي.

نصوص القانون والمتعلق بمسألة النسب وهي من مسائل الحالة عن طريق افتراض التنازل عنه لكونه وافق علي تلقيح زوجته بنطف غيره هذا التنازل علي فرض وجوده هو تنازل باطل لكونه يمس حقوق الأفراد المتعلقة بدعاوى الحالة التي لا يجوز المساس بها لتعلق أحكامها بالنظام العام الفرنسي(١).

وقد كان للزوج بمقتضى الاتجاهات القضائية والتشريعية السابقة أن ينكر نسب الولد المتخلق بشكل طبيعي أو صناعي خلال ستة أشهر من تاريخ واقعة الولادة وذلك بموجب (المادة ٣١٦ من القانون المدني الفرنسي أما المادة ٣/٣٣٩) من ذات القانون السابق فتمنح الزوج الذي أقر بنسب طفل يعدل عن إقراره ويعدل عنه في خلال مدة عشر سنوات, كما أن المدة السابقة متاح للغير من خلالها كذلك أن يعترض علي إقرار الزوج بنسب طفل كالورثة مثلاً أو كل ذي مصلحة, وما سبق إن دل علي شئ فإنما يدل علي الحرية الواسعة التي كفلها القانون الفرنسي لإرادة الأفراد بشأن الإقرار بالبنوة والعدول عنها, مما قد لا يكون مستحباً لمصلحة استقرار المعاملات(٢).

٢ـ بعد إجازة القانون الفرنسي للتبرع بالنطف المنوية وصدور قوانين التناسل الطبي:

ولكن سرعان ما تراجع, وبعد صدور قوانين التناسل الطبي والتي أجيز من خلالها التبرع بالقوى الجينية فقد اختلفت الرؤية تماما, ولم يصبح للزوج أو العشيق أن ينكر أيا منهما نسب الطفل المتخلق بطريقة صناعة بمساعدة متبرع وبموافقته مسبقا علي ذلك, بل إن القانون الفرنسي وفي سبيل أن يسدي مسألة التبرع فاعلية بعدم لأثارتها لمشكلات التنازع علي النسب نفياً وإنكارا اشترط أن تفرغ موافقة الزوجين علي سلوك سبيل التلقيح بنطفة غير الزوج في شكل كتابي وأمام موثق رسمي(٣).

---

(١) أنظر حكم محكمة نيس الابتدائية الصادر في:
- 30 juin 1976 ،J.C.P ،١٩٧٧ ،II.18579 ،note Ramu(H).

(٢) J.R.Devichi, la procreation artificielles, etat des questions, R.t.d.c., 1987, p457

(٣) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق ص ٤٩٩.
-LOI N° 94-653 du 29 JUILLET 1994 ،relative au respect du corps humai – Jounal Officiel "Lois et Decrets" www.google.com (1)
في حالة التبرع بنطفة للزوجين أو الصديقين:
=

ثانيا: موقف القانون المصري تجاه حق الزوج فى إنكار نسب الولد المتخلق فى رحم زوجته بنطفة غيره :

لا نرى وجاهة فى أن نقول أن السبب فى عدم وجود أو غياب نصوص قانونية واضحة بخصوص حق الزوج فى إنكار نسب الولد المتخلق فى رحم زوجته بنطفة غيره سواء أكانت هذه النطف مجهولة أو معروفة الهوية هو حداثة هذه التقنيات لمجال الإنجاب لأن هذه الممارسات وغيرها تتم منذ زمن بعيد. ولكن السبب يرجع إلى تقصير وتهاون وجمود المشرع المصري بالاستعداد فى التعامل مع تلك التقنيات التى تستدعى ممارستها معرفة الأثار الناتجة منها واقتصاره على حل المشاكل المتعلقة بإثبات أو نفى نسب العلاقات الزوجية المعتادة فى الوقت الذى سبقته الشريعة الإسلامية بقرون بوضع حلول نموذجية التى على هداها نبنى اجتهادنا اليوم منها ونسى المشرع المصري اليوم أن جميع ما يستحدث من وسائل التقنيات الإنجابية فى الخارج هو من أفكار ونواتج ما خلفته لنا عصور ما قبل الإسلام. وعلى هدى ما قرره المشرع المصري فى حال سماع دعوى إنكارالنسب إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوجين، وسنعرض لبعض هذه النصوص، حتى نهتدي منها برأى قاطع لحكم مسألة الزوج الذى يرغب فى إنكار نسب المولود من زوجته التى خصبت بنطف الغير.

=

فيجب أن يصدر رضائهما في شكل رسمي أمام قاضي المحكمة الابتدائية أو الموثق اللذأن يعلمأن الزوج أو الصديق الذي قبل تلقيح زوجته أو صديقته بنطفة متبرع بكافة الأثار القانونية والاجتماعية المترتبة علي هذا القبول خاصة مسألة نسب الطفل لذا فأن القبول السابق لا ينتج أثره إلا إذا استمر إلى حين تمام التلقيح فإذا رجع الزوج أو الصديق عن الموافقة أو توفي أحدهما أو تم طلاق الزوجين فأن الموافقة السابقة لا ترتب أي أثار قانونية في الحالات السابقة شريطة أن يحدث ما سبق ذكره قبل حصول التلقيح وأن يكون العدول عن الموافقة في شكل كتابي موثق.

وفي حالة التبرع ببويضة مؤنثة :

فان الشارع الفرنسي أوجب صدور قرار من السلطة القضائية المختصة بالموافقة علي قبول الزوجين أو الصديقين تلقيحها وزرعها في رحم الزوجة أو الصديقة ولا تصدر الموافقة إلا بعد التيقن من دوافع وعله الالتجاء لتلك الوسيلة وبحث اسبابها ودراسة أثارها علي الزوجين والطفل وبيان مخاطرها للأطراف ومدى مسئوليتهم عنها. ولضمان إعمال القيود الشكلية السابق أفرد المشرع الفرنسي عقوبات جنائية تصل الي الحبس سبع سنوات والغرامة التي تصل الي ٧٠٠ ألف فرنك فرنسي لكل من يتلقى بويضة مخصبة دون احترام الشروط القانونية السابقة.

- وبناء علي ما تقدم قضى القانون(رقم ٢٥ ١٩٢٩لسنة في المادة ١٥) بمنع القضاة من سماع دعوى النسب في حالة الإنكار إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوجين من حين العقد إلي الولادة, كما قضى بمنعهم من سماع مثل هذه الدعوى إذا أتت الزوجة بالولد بعد سنة من غيبة الزوج عنها. وبناء على ما تقرره القاعدة السابقة يتضح أن :-

كل حمل تحمله الزوجة يفترض أنه من زوجها لكونها مقصورة عليه, وهو ما جرى عليه قضاء النقض من أن النسب يثبت بالفراش الصحيح بين الزوجين[١].

أن الولد يثبت نسبه لصاحب الفراش، بشرط (حال قيام الزوجية)

يثبت النسب من الزوج إذا ولد الولد لستة أشهر أو أكثر من يوم العقد[٢].

- كما جاء فى (المادة ١٧ من القانون رقم "١" لسنة ٢٠٠٠) بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية أنه :

في حالة الإنكار لا تقبل دعوى الزوجية في الوقائع اللاحقة علي (أول أغسطس سنة ١٩٣١) إلا إذا كانت الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية, ولكن استثناء من هذا الأصل فإن دعوى التطليق أو الفسخ دون غيرهما تكون مقبولة إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة سواء كانت رسمية أو عرفية.

وفي هذه المادة أخذ المشرع بجزاء عدم قبول الدعوى المقررة في قانون المرافعات, ولأول مرة في التشريع المصري يقرر القانون قبول دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما, بشرط أن يكون الزواج ثابتاً بأية كتابة، وفي بيان المحكمة من ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون (رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) قبول دعوى التطليق من الزواج العرفي, والمشرع يفتح بهذا الحكم المستحدث ثغرة للرفق بالزوجات اللاتي وقعن في مشكلة الزواج العرفي.

---

(١) الطعن رقم ٥٣/٧٤ ق احوال شخصية مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات ١٩٨٠ – ١٩٨٥ قاعدة ١٣٨ ص ١٦٢ والطعن رقم ٤٤/٣٨ ق أحوال شخصية مجموعة المكتب الفني السنة ٣١ ص ٧٤٦.

(٢) راجع الهداية، جـ٣ ص٣٠٨- ٣٠٩. –المرجع السابق جـ٢ ص٦٣٣ جواهر الاكليل جـ٢ ص٢٧٨ حاشية الدسوقي جـ٢ ص ٢٥٧ روضة الطالبين جـ٨ ص٢٣٠ المغني والشرح الكبير جـ٧ ص٣٤٥.

وجدير بالذكر أن الحكم بالتطليق في مثل هذه الحالات لا يترتب عليه سوي إنهاء رابطة الزواج العرفي، بما يحررالزوجة منها ويفتح لها آفاق الدخول في زوجية شرعية موثقة. ولا يترتب علي ذلك الحكم بالتطليق ما يترتب من الأثار الأخرى للحكم بالتطليق في زواج رسمي موثق. كالنفقة والمتعة والميراث وغيرها، ولكن نرى أنها تفيد في إثبات النسب حماية للولد وصونا للعرض عملا بما هو مقرر في الفقه الحنفي من أن النسب يحتال لثبوته تحقيقا لهذه الغاية.

والكتابة المشار إليها في هذا النص كشرط لقبول دعوى التطليق من زواج عرفي، يرى البعض ونحن نوافقهم الرأى _أنه يجب أن تتضمن عناصر الزواج الصحيح من الأركان وشروط الانعقاد وشروط الصحة، بما يجعلها تبنى قيام زوجية حقيقية بين الطرفين، ولكن حجية هذه الكتابة قاصرة علي إنهاء هذه الزوجية غير الموثقة دون أن تتعدى ذلك إلي الآثار الأخرى التي تترتب علي التطليق بحكم القاضي[1].

ولكن يستثنى من هذا الأصل دعوى النسب فأنها تكون مقبولة، ولو لم يكن الزوج ثابتاً بوثيقة رسمية علي نحو ما سلف، وذلك وفقا لما استقر عليه القضاء من أن دعوى النسب متميزة عن دعوى إثبات الزوجية لذلك فأن إثباتها لا يخضع لما أورده المشرع من قيد علي سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها إذ لا تأثير لهذا المنع من السماع علي دعوى النسب التي مازالت باقية علي حكمها المقرر في الشريعة الإسلامية.

---

(١) ومن مقتضى هذه المادة أن الأصل في عقد الزواج يجب أن يكون ثابتاً بالكتابة أيا كأنت صورتها رسمية أو عرفية وفي سبيل تحقيق ذلك فأن وزارة العدل أصدرت لائحة المأذونين بالنسبة للمسلمين من المصريين ولائحة الموثقين المنتدبين بالنسبة لغير المسلمين من المصريين والأجانب وحددت كل من اللائحتين الاجراءات الواجب اتباعها عند تحرير وتوثيق عقود الزواج المختلفة. ولما كأن كل من المأذون والموثق المنتدب هما من الموظفين العاملين فأن ما يقوم به كلا منهما من إجراءات في شأن توثيق عقود الزواج وما يقوم بتحريره من أوراق له صفة الرسمية علي أساسها تكون القوة الملزمة لهذه العقود والأثار المترتبة عليها والحماية القانونية الواجبة لها. وأية أوراق أو مستندات تحرر خارج نطاق اختصاص المأذون أو الموثق المنتدب لا تزيد علي كونها من الأوراق العرفية التي تقتصر حجيتها علي أطرافها وليست لها ذات الحماية القانونية المقررة للأوراق الرسمية حتى في مجال الأحوال الشخصية لا يعتد بها الا في قبول دعوى التطليق أو الفسخ من زواج عرفي.

تقييم الباحثة:

بالقياس على التقنين الفرنسي والمصري وكذلك الشريعة الإسلامية بشأن حق الزوج فى رفع دعوى إنكار النسب عند الشك فيه. يتضح لنا على الزوج الذى يرغب فى إنكار نسب المولود من زوجته أن يسرع باتخاذ الإجراءات حيال ذلك لو توافرت الشروط القانونية لإنكار النسب فى خلال المدة المقررة قانونا. وهى تقريبا عقب الولادة بفترة زمنية قصيرة. هذا وقد اشترط التقنين الفرنسي أن الزوج إذا لم يبادر بإنكار الولد في الوقت المحدد تقريبا فأنه يلحقه نسبه. لاعتبار سكوته إقراراً ضمنياً بنسب الطفل إليه. ومن المعلوم أن الإقرار بالنسب لا يجوز الرجوع فيه سواء أكان الإقرار صريحاً أو ضمنياً.

وجدير بالذكر أعطى القانونان المصري والفرنسي للطفل مكنة الأنتساب للزوج بناء علي قرينة الأبوة الناتجة المالكة لفراش الزوجية بغض النظر عن قيام علاقة بيولوجية بينهما من عدمه. ونرى أن منحهم لهذا الحق ليس إعلاء لقيمة الإرادة الفردية للزوج أو لعدم اعتبار الحقيقة البيولوجية لثبوت الأنساب طبقا لما قرره رسول الله _ ﷺ_ في قاعدة النسب لفراش الزوجية. بل أن الحكمة من هذا التشريع هو منح الطفل الاستقرار العائلي وفى المقابل أعطى للزوج مكنة الرجوع أو إنكار النسب ولكن ليس على إطلاقة بل قيده بوقت. والعلة فى ذلك هى الحفاظ على مستقبل الطفل من الضياع بعد استقرار الحالة المدنية له وانطلاقا مما سردناه :

نرى من جانبنا بداية أنه إذا أقرت صاحبة الرحم المستأجر المولود وكانت ذات زوج وأقره وكان إقراره مقترنا بالشروط الشرعية له. يحق لهما نسب المولود وهذا تطبيقا لقاعدة الولد للفراش بالإضافة إلى أن النسب من جانب المرأة يثبت بواقعة الولادة ولا مرد لها. ويكون زوجها والد للطفل هذا إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر امرأة متزوجة.

وفى هذه الحالة لا يحق للأبوين البيولوجيين رفع دعوى إنكار النسب على لحمل.الرحم المستأجر لعدم ثبوت نسب الطفل إليهم. ولكن ينسب الولد لصاحب النطفة الذكرية فى حالتين - الأولى إذا كانت المرأة منفردة والثانية فى حالة عدم إقرار زوج صاحبة المستأجر بنسب الطفل عندئذ ينسب المولود إلى

الأب البيولوجي حماية للطفل ويحق له عند الشك رفع دعوى نفى النسب بكافة طرق الإثبات. التى منها البصمة الوراثية بشرط توافر الشروط السلف ذكرها ومع ذلك لا يحق رفع هذه الدعوى من المرأة صاحبة البييضة لأنه فى نظرنا. وكما سبق وأن أشرنا ليست بأم للمولود لأننا نرى أن البييضة أو النطف بعد خروجها من الجسد ما هى الا ناتج من نواتج الجسد بدليل إجراء التجارب على مثل هذه النطف وإعدامها بعد ذلك والتخلص منها أو بإزالتها بالطهارة بعد إنزالها أثناء العلاقة الزوجية. ولكن تتجسد أهميتها ويصبح الحظر على تعامله عندما تخصب وتوضع فى المكان الذى يغذيها أو ينميها. كي تصبح كائنا له حياة بإذن من ـ الله عز وجل ـ . ويستفيد مما بيناه أنه لا يحق للمرأة صاحبة البييضة الادعاء بنسب الولد إليها حتى فى حالة عدم إقرار الأم التى حملته وولدته بنسبه. بل ونرى أنها تعاقب قانونا بتهمة بيع طفلها عند تسليمه لأنه بمجرد زرع البييضة بالأم الحامل ابتدآ من هنا دور الأمومة الحقيقية يظهر - وسوف نفترض رد البعض علينا بـ :

ماذا لو حملت أم وبعد فترة من الحمل أصيبت بغيبوبة واستمرت طوال فترة الحمل.. .....ووضعت طفلها صناعيا هل يعتبر المولود ابن الحضانة الصناعية؟

القاعدة أنه ينسب الولد إلى أمه بالولادة. فلو طبقنا هذه القاعدة. عندئذ سينسب المولود إلى الحضانة الصناعية التى حملته وهذا غير معقول نرى أنه بوجود العلة وهى غيبوبة الأم. سينسب الطفل بالطبع لأصحاب النطف البيولوجية. وهذا لعدم تعلق حق للغير على المولود

هل يعد عقد زواج صاحب النطفة الذكرية المخصبة بنطفة زوجته من المرأة التى تنوى تأجير رحمها زواجا فاسدا باعتبار أنه زواج لسبب مؤقت وسرعان ما ينتهى بعد أتمام الفرض منه كزواج المتعة مثلا وهل يختلف الأمر لو كان زواجا عرفيا وهل يؤثر ذلك على نسب الطفل إلى صاحب النطفة الذكرية؟

باديء ذي بدء لابد من أن نفصل بين العلاقة التى تحكم بين الأم بالرحم والأب الجينى للطفل الأثار المترتبة عليها من حيث نسب المولود لأن النسب أعطاه المشرع شروطا لثبوته رحمة بالمولود ومنها الا يكون الطفل من الزنا أو الا يكون عقد الزواج باطل كان يتزوج الرجل من امرأة محرمة عليه على التأبيد وغيرها من الشروط التى وضعها قانون الأحوال الشخصية بشأن نسب المولود

اعتبر قانون الأحوال الشخصية أدنى مدة الحمل فى الزواج الفاسد من وقت الدخول لا من وقت العقد فقد جاء فى(المادة ١٥٥ من القانون المصري)

" يثبت نسب المولود فى الزواج الفاسد إذا ولدته لستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول الحقيقي، وليس للزوج نفيه " والحكم بعدم إمكان نفى الولد فى الزواج الفاسد ولو باللعان جازعلى مذهب أبى حنيفة. أما الأئمة الثلاثة فهم يرون جواز اللعان فى الزواج الفاسد لنفى الولد، وقولهم أقرب إلى المنطق؛ إذ من غير المفهوم أن يكون ولد الزوجة فى الزواج الفاسد أحسن حالاً منه فى الزواج الصحيح.

وجديربالذكرأننا نرى أنه من الأفضل أن يتم الحمل لحساب الغير من خلال عقد زواج شرعي بين صاحبة الرحم والأب الجينى أو حتى عرفي، رغم عدم تأييدنا لهذا النوع من الزواج لما تترتب عليه من آثار سيئة. فكلاهما لا يمنع من ثبوت النسب رغم أن زواج صاحب النطف من صاحبة الرحم سيكون بالوصف السابق زواجا فاسدا. لأنه محدد المدة شريطة أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحبال مع تحقق الدخول بالمرأة، وإتيان الولد بعد مضي ستة أشهر فأكثر من الدخول.

والأسانيد التى استندت عليها فى هذا الحكم:

هو التسليم بما ذهب اليه بعض العلماء إلى أن النسب يشترط فيه المشروعية أثناء أنزال المني. ولا يشترط فيه المشروعية أثناء الإدخال في المرأة[1] صاحبة الرحم. وفي هذه الصورة التي نتكلم فيها كان إنزال المنى مشروعاً ومحترما. لأنه كان بين رجل وامرأة تربطهما علاقة زوجية صحيحة. فالبيضة من المرأة ملقحة من زوجها وليس من المحرمات تلقيح البييضة من الزوج. وانما عدم المشروعية في تأجير الأرحام إنما كان في الإدخال فأن البييضة الملقحة من زوجين

(١) قال الرملي في مجال كلامه عن أم الولد: وهي الجارية التي جامعها سيدها فحملت وولدت. قال: (لو استدخلت) يعني الجارية منى سيدها المحترم بعد موته فأنها لا تصير أم ولد لأنتفاء ملكه لها حال علوقها وأن ثبت نسب الولد وما بعده وورث منه لكون المني محترماً ولا يعتبر كونه محترما حال استدخالها خلافا لبعضهم فقد صرح بعضهم بأنه لو أنزل في زوجته فساحقت بنته فحملت منه لحقه الولد وكذا لو مسح ذكره بحجر بعد أنزاله في زوجته فاستجمرت به أجنبية فحملت. نهاية المحتاج ٣٤١/٨..

لا يجوز شرعاً إدخالها في رحم امرأة أخرى ولا يشترط في ثبوت النسب كما يرى بعض العلماء المشروعية أثناء الإدخال[1].

وبالتالي ينسب الطفل إلى صاحب النطفة الذكريه ولأمه بالرحم التى حملته وولدته الأم البيولوجية, ولكن مع توافر الشروط السابق ذكرها بشأن ثبوت النسب وتأكيدا لرأينا ما ذهب اليه القضاء المصري, وهو قاعدة الولد للفراش يراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة.

وجديربالذكر لا يمكن قياس عملية تأجير الرحم على النكاح الباطل, لأن الوطء فيه زني, هذا بخلاف حمل صاحبة الرحم المستأجر لنطف غيرها صناعيا, فلا يعد هذا زنا, وذلك للأسباب التى سبق ذكرها فى مشروعية تأجير الأرحام وبالتالي يثبت من تاجيرالأرحام النسب بخلاف ما يثبته النكاح الباطل.

أما بالنسبة لإثبات صفة المولود فيشترط قيام البينة عليه، ويكفى فى ذلك شهادة المرأة الواحدة عند الجميع[2]. ولكن هذا فيما يخص الأحوال العادية أما بالنسبة للحالة موضوع بحثنا فهل ينبغى أن يستغنى عن شهادة الشهود بالعقد المبرم بين أطراف العلاقة؟ أم يفترض أن يوثق باعتبار أنه عندما يمتلك الشخص عقارا أو أرضا؟ فأنه يسعى أن يوثقه حفاظا على حقه فما بالك بشخص يود أن يمتلك إنسانا؟ !

فالراجح لدينا أنه ينبغى أن يتم تسجيل المولود بعد الميلاد فى المستشفى التى ولد فيها ويدون فى البيانات وصف كل فرد من أفراد علاقة الرحم المستأجر بصفته وباسمه على أن يؤجل تسجيل الشهادة فى مكتب السجلات الخاص بالمواليد لمدة شهر, وهذا حتى يتضح شعوروغبة الأم بالرحم عن جدية اتخاذ قرارها بشأن التنازل عن مولودها للام الجنية والأب الجينى لعلها تراجع نفسها وتعيد النظر فى تسليمه لأننا نرى أن مجرد واقعة الولادة فى حد ذاتها هى إقرار ضمني من الأم بأمومة الطفل وهذا اكبر من أى توثيق أو كتابة هذا توثيق ربانى

(١) استئجار الأرحام ص ٢١ لأستاذنا الدكتور محمد رأفت عثمان.
(٢) الزيلعى، جـ٣ ص٤٣.

من الخالق على أن المولود ابن الرحم الذى حمله لأننا نؤمن بأن هناك أسرار تدور فى الرحم بين الجنين والرحم لا يعرفها الا الخالق _عز وجل _.هذا العلم مقتصرفقط عليه_جل شأنه _والدليل على ذلك نفخ الروح داخل الرحم.

وفى خلال المدة التى ذكرناها يحق لمن تتوافر لديه أسباب نفى نسب المولود منه أن يقيم الدعوى. وجدير بالذكرأنه ليس فى الشريعة الإسلامية مدة محدودة لنفى النسب، وقد قرر بعض الفقهاء أن المدة التى يجوز فيها نفى النسب هى سبعة أيام من الولادة، وقرر البعض الآخر أنها أربعون يوماً، وقرر آخرون أنها مدة التهنئة بالمولود، ويرى البعض أنه يجب نفى النسب فى مدة معقولة تخضع لتقدير القاضي. يقدرها فى كل حالة بحسب الظروف والملابسات.

اما بالنسبة حالة وطء امرأة ذات زوج بشبهة في طهر لم يصبها فيه زوجها فاعتزلها بعد الوطء بالشبهة حتي أتت بولد لستة اشهر من حين الوطء بالشبهة لحق الواطئ. وتأكيدا لذلك إذا اشترك في وطء امرأة اثنان يثبت النسب بأن يكون بنكاح أو شبهة فولدت ولدا يمكن أن يكون من كل منهما. فأنه يعرض علي القائف وأن لم يدعه أحدهما لتعذر إلحاقة بهما ونفيه عنهما. فمن باب أولى ثبوت نسب الطفل من تأجير الأرحام. لأنه عند موافقة زوج صاحبة الرحم المستأجر بعدم إقرار الطفل فما الداعي لعدم نسب الولد للأب البيولوجي عند إقراره به فيحق للطفل الأنتساب اليه.

تعليق الباحـثه:

الصورة أو الحالة التى سردها لنا الفقه الشافعي[1] مع بدأ الحكم لها ما هى إلا عبارة عن تأجير الرحم التقليدي كما صنفه الفقه المناصر له كالفقه الفرنسي أو الأمريكى...أى أنها كانت موجودة منذ عهد الشافعية _رحمهم الله_ وقبلهم وعلى هذا نبنى " إذا استدخلت امرأة أجنبية منى رجل فحملت منه دون أن يعلم يلحق الولد للرجل لكون مائة حلال الأنزال محترما. وبالقياس على حكم نسب الولد من تأجير الأرحام يتضح أنه ينسب الطفل إلى صاحبة الرحم

(١) أما جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الفراش فى الزوجية أنما يثبت بالعقد بشرط إمكان الدخول، فلو تزوج امرأة وطلقها فى مجلس العقد ثم أتت بولد لستة أشهر فأكثر لم يثبت نسبه منه.

وزوجها وإن أتت به عن مدة أقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج ينسب الولد إلى صاحب المنى المستدخل.

بعد هذا العرض نتأكد من أن فى مسألة النسب العبرة باحترام المائين وقت أنزالة أى ببساطة. إلا يكون المائين من علاقة زنا أى يكون الماء محترم وكما قال الشافعية على الأقل من الرجل. ولا يشترط شكل الوطء لإلحاق النسب بالأب سواء أكان الأب الجينى أو صاحب الفراش ليس يعنى هذا تجزئة لنسب بينهم أو توزيعة عليهم. لأن النسب، كما ذكرنا ليجوز تجزئته ولكن إذا أنكر صاحب الفراش (زوج الأم بالرحم) استلامة أو إذا جاء عن مدة أقل من ستة اشهر من تاريخ زواج صاحبة الرحم المستأجر. فحفاظا على مصلحة الطفل ينسب للأب الجينى أى لأحدهما وبهذا يتوافر مبدأ وحدة النسب. وخلاصة القول :

ينسب الطفل الناتج من رحم المرأة المستأجرة إلى الأب الجينى بشرط الا يكون اقره زوج صاحبة الرحم عن نسبه ثم تراجع باعتباره صاحب الفراش. لأنه فى هذه الحالة لن يكون نسبا بل سيصبح تبنيا.

ورغم إلغاء نظام الرق والجواري والعبيد والمدبرة وملك القنة في العصر الحالي إلا أنه بوجود ظاهرة مثل ظاهرة تأجيرالأرحام. تجدد عصر الجواري أى الاتصال بالمرأة بناء علي ملك اليمين وتسخير النساء وامتلاكهن وجعلهن من ضمن الممتلكات ودورهن هو تقديم المتعة لمالكهن بل وأحيانا يصل الأمر إلى تقديمهن هدايا ومجاملات إلى أصدقائهم الأمر الذى جعلنا نقوم بعقد مقارنة بين نظام مؤجرات الأرحام. ونظام السبايا والجواري من خلال عرضنا لنظام الاستيلاد(١). وهو السبب الثاني الذي يترتب عليه الفراش ويقوم عليه النسب دون الإسهاب والإطالة فى الحديث عنه. وذلك للاستفادة من احكام ثبوت نسب

---

(١) الاستيلاد في اللغة :- هو طلب الولد كالاستيهاب والاستئناس أنه طلب الهبة والأنس / يقال فلان استو لد جاريته أي صيرها أم ولده/ "وأن لم يكن استبان شئ من خلقه فألقت مضغة أو علقة أو نطفة فادعاه المولى فأنها لا تصير أم ولد
فيشترط فيه أن يثبت النسب شرعا وهو الفراش، ولا فراش الا بملك اليمين أو شبهه أو تأويل الملك أو ملك النكاح أو شبهته - ١ البدائع جـ٤ ص١٢٣

الطفل المولود من الأمة على المولود من مؤجرة الرحم. وفي العرف: تصيير الجارية أم ولد[1].

يرى المالكية أن الأمة لا تصير فراشا وأم ولد الا أن اقر السيد بوطئها, ووجد الولد مع إقراره فلا يحتاج إلى إثبات الولادة " لا أن أنكر الوطء فلا تثبت الأمومة ولا يلزمه يمين – ما لم تقم بينة علي إقراره بالوطء – أو استبرأها بحيضة وقال لم أطأ بعد الاستبراء وولدته لستة أشهر فأكثر من يوم الاستبراء.

ويستوي في الاستيلاد ملك القنة[2] والمدبرة لاستوائهما في إثبات النسب إلا أن المديرة إذا صارت أم ولد بطل التدبير, لأن أمية الولد أنفع لها ألا ترى أن أم الولد لا تسعى لغريم ولا لوارث والمدبرة تسعى.

"ويستوي في ثبات النسب ملك الجارية وبعضها, وكذا في الاستيلاد حتى لو أن الجارية بين اثنين علقت فى ملكهما, فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وصارت الجارية كلها أم ولد له بالضمان, وهو نصف قيمة الجارية ويستوي فى هذا الضمان اليسار

هل هذا سيقودنا قياسا إلى أحقية طلب الزوج فى رفع دعوى يطلب فيها رد نصف قيمة المهر الذى دفعه لزوجته عند علمه بحمل زوجته لنطف الغير بتأجير رحمها؟ مدعيا أن شخصا أخر شاركه منفعته فى رحم زوجته...؟ لأنه الراجح لدينا أن هذه العملية ما هى الا عملية استيلاد[3] الذى يتحقق بالعلوق أي بمجرد الحمل سواء أكان وطء أم لا بشرط ألا يحدث سقط وتصبح دون ولد, وكذلك الحمل بإيجار الرحم هو علوق للنطفة الأمشاج دون وطء وبالتالي يثبت نسب الولد فى تأجير الأرحام كما يثبت فى الاستيلاد.

---

(١) يستوي في صيرورة الجارية أم ولد الولد الحي والولد الميت لأن الميت ولد بدليل أنه يتعلق به أحكام الولادة حتى تنقضى به العدة وتصير المرأة به نفساء وكذا لو اسقطت سقطا قد استبان خاقه أو بعض خلقه وأقربه فهو بمنزلة الولد الحي الكامل في الخلق في تصيير الجارية أم ولد لأن أحكام الولادة تتعلق بمثل هذا السقط.

(٢) هي الامة التى ليست لها شائبة حرية من تدبير أو غيره

(٣) رأى الشيعة الأمامية

والإعسار ويغرم نصف العقر[1] لشريكة ولا يضمن من قيمة الولد شيئا. أما ثبوت النسب فلحصول الوطء فى محل له فيه ملك. لأن ذلك القدر من الملك أوجب ثبوت النسب بقدره والنسب لا يتجزءا

"وإنما استوى في هذا الضمان حالة اليسار والإعسار لأنه ضمان ملك كضمان المبيع. وأما وجوب نصف العقر فلوجود الإقرار منه بوطء ملك الغير وأنه حرام إلا أن الحد لم يجب لمكان شبهة. وهي حصول الوطء في ملكه وملك شريكه فلابد من وجوب العقر.

"ولا يدخل العقر في ضمان القيمة. لأن ضمان نصف القيمة ضمان الجزء وضمان البضع ضمان الجزء ولأن منافع البضع لها حكم الأجزاء وضمان الجزء لا يدخل في مثله.

"وأما عدم وجوب نصف قيمة الولد. فلأنه يملك نصيب في شريكه بالعلوق السابق فصار الولد جاريا علي ملكه فلا يكون مضموناً عليه. ولأن الولد في حال العلوق لا قيمة له فلا يقابل بالضمان. ولأنه كان بمنزلة الأوصاف فلا يفرد بالضمان.

رأى الباحثة :

وانطلاقا مما سبق وماعرضناه من أراء الأمة عن نسب المولود من الاستيلاد تبين أنه يمكن الاستفادة إزاء نسب المولود من تأجير الأرحام وهذا على النحو التالى

بداية لو دققنا النظر فى المقصود من الاستيلاد لوجدنا أوجه شبه بين النظامين من حيث تسخير طاقات المرأة لحساب غيرها فالاستيلاد فى العرف: تصيير الجارية أم ولد[2].

نرى أن دور كل من الجارية ومؤجرة الرحم متشابهان. وكلاهما يخضعان تحت سيطرة الرجل. والفرق الوحيد أن مؤجرة الرحم تخضع تحت سيطرة الزوج صاحب النطفة الذكرية بخاطرها وأرادتها لمدة زمنية معينة مقابل المال على

---

(١) هو الاعتداء على الجارية التى ليست خالصة له من الملك
(٢) البدائع جـ٤ ص١٢٣

العكس من الأمه أو الجارية فهى تحت سيطرة سيدها حتى يقرر بيعها أو الاستغناء عنها دون إرادتها, ونرى أن هناك أوجه شبه أخرى وهى أن الولد الذى ينشأ من تلك العلاقات سواء أكان من الاستيلاد أو بتأجير الرحم ينسب إلى صاحب النطفة فى حالة رفض إقرار زوج المرأة المستأجرة بنسب الولد باعتبار أن صاحبة الرحم فراشا له ' وبالطبع إلى المرأة التى حملته وولدته

- إذا طبقنا رأى المالكية وهو أن الأمة لا تصير فراشا وأم ولد الا أن أقر السيد بوطئها مع وجود الولد فلا يحتاج إلى إثبات الولادة، ويثبت النسب, حتى لو أن الجارية بين اثنين علقت فى ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه[1].... فلحصول الوطء فى محل له فيه ملك, لأن ذلك القدر من الملك أوجب ثبوت النسب بقدره والنسب لا يتجزء فسوف نستخلص حقيقة هامة جدا تفيدنا فى موضوعنا, وهى أن النسب لا يتجزأ فمن يدعى أن الولد سينسب إلى والدتين الأم بالرحم والأم البيولوجية فهذا رأى غير وجيه لعدم قابلية النسب إلى التجزئة هذا من ناحية, ومن ناحية أخرى هل يمكن قياس رأى المالكية فى شأن عدم تصيير الأمه فراشا وأم ولد إلا أن أقر السيد بوطئها ووجد الولد فلا يحتاج إلى إثبات الولادة على ضرورة إقرار الأب البيولوجي للولد فى حالة مؤجرة الرحم المتزوجة أى أنه هل تحتاج الأم بالرحم إلى إثبات الولادة؟ أم يكفى إقرار الأب البيولوجي بنسب المولود أو إبرامه لعقد تأجير رحمها قبل البدء فى الإجراءات كقرينه على موافقته لنسب المولود اليه قبل ولادته.

ونرى أنه بإمكاننا الاستفادة من حكم الشيعة الإمامية حيث يرون أن الاستيلاد الذى يحقق النسب يتحقق بالعلوق سواء أكان وطء أم لا, أى أنه يثبت النسب بمجرد علوق النطفة حتى لو كان بمسحة من نطفته داخل أمته دون الوطء كمؤجرة الأرحام تماما فهى تزرع نطفة الغريب داخل رحمها حتى تعلق به وبالتالي يثبت النسب بمجرد إقراره الاستيلاد تماما.

بالنسبة لمدة حمل صاحبة الرحم لمستاجر:

هل مدة التخصيب المعملى تحسب من ضمن المدة التى اقرها الشرع والقانون للحمل والتى يثبتها النسب فى الأبناء المولودين من تأجير الأرحام؟

---

(١) بلغة السالك جـ٢ ص ٤٥٨، المونه جـ٨ص٢٣

يرجع السبب فى تقدير المدة الزمنية لثبوت الحمل إلى ما أستنبطه بعض فقهاء الصحابة من قوله تعالي فى [وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ][1]. ومن قوله جل ذكره فى [وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً][2] ولكى يثبت نسب ولد من رجل بعينه، يجب أن يثبت إمكان أن أمه حملت به قبل وقوع الفرقة بينهما مثلا، ولهذا يكون من الضروري بحث أدنى مدة الحمل وأقصاها.

[3] أجمع الفقهاء على إعتبار أدنى مدة الحمل ستة أشهر، وأما أقصى هذه المدة فلم يرد فى القرآن والسنة الصحيحة المتفق عليها من الفقهاء جميعاً ما يدل عليها، ولهذا نراهم يختلفون فيها. فيقدرها الظاهرية بتسعة أشهر، ويقدرها الأحناف بسنتين، والشافعي ومالك بأربع سنوات. والكل من أصحاب هذه الآراء مجتهد فى رأيه، ومعتمد على ما صح عنده من أقوال بعض الصحابة والتابعين[4].

وهذه مسألة لا يمكن القطع فيها برأى صحيح إلا بالإستقراء. وهو أمرغير ممكن، ولذلك كان من الخير اللجوء إلى الأطباء الشرعيين – وهم أهل الذكر فى هذه الناحية – فقرروا بناء على بحوثهم واستقراءاتهم أن أقصى مدة

---

(١) سورة لقمان

(٢) سورة الأحقاف

(٣) المبسوط، جـ٦ ص٤٤، السنن الكبرى للبيهقى، جـ٧ ص٤٤٢. - وفي هذا روى أن رجلاً تزوج إمرأة فولدت ولداً لستة أشهر، فهم عثمان رضى الله عنه أن يرجمها، فقال إبن عباس رضى الله عنه " أما أنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم، قال الله تعالى " وحمله وفصاله ثلاثون شهراً "، وقال ع وجل " وفصاله فى عامين " فإذا ذهب للفصال (وهو الفطام من الرضاع) عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر. فدرأ عثمان رضى الله عنه الحد عنها، وأثبت النسب من الزوج)، وهكذا روى عن على رضى الله عنه.

(٤) راجع فى هذه الأثار والآراء: السنن الكبرى جـ٧ ص٤٤٣ وفيه أن رجلاً قال لمالك بن أنس. أنى حدثت عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت لا تزيد المرأة فى حلها قدر ظل المغزل فقال: سبحان الله من يقول هذا.. هذه جارتنا إمرأة محمد بن عجلان إمرأة صدق وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن فى القتى عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين.
وراجع فى كتب الفقه: المبسوط جـ٦ ص٤٤ – ٤٥، البدائع جـ٣ ص٢١١، الهداية وفتح القدير جـ٣ ص٣١٠، نهاية المحتاج جـ٧ ص١٣٠، المحلى جـ١٠ ص٣١٦ – ٣١٧.

يمكن أن يمكثها الحمل فى بطن أمه (سنة كاملة عدد أيامها ٢٦٥ يوماً) فأخذت بذلك ولكن مشكلة الإنجاب الصناعى عامة وتأجير الأرحام خاصة تبدأ فى أن تجزئة مدة الحمل إلى فترتين الأولى منهما يجسدها وجود فترة زمنية لاستخلاص نطفتي الزوجين ثم إحداث التلقيح الصناعي بينهما ثم تجميع النطفة الأمشاج إلى أن يحين الوقت المناسب من الناحية الطبية لزرعها في بطانة رحم المرأة المستأجرة والثانية منها تبدأ بعد علوق النطفة الأمشاج ثم تطورها الجنيني الطبيعي حتى تصل إلي مرحلة الجنين المتكامل في التركيب.

وفي الزمن الذي يقع بين التلقيح الخارجي والزرع في رحم المرأة المستأجرة قد يحدث ما لا يمكن توقعه من مفاجآت. تفسح المجال للوقت بأن يزيد عن المعدل الطبيعي للحمل الطبيعي, كوضع النطف فى بنك أو حضانات خاصة به عند الفشل فى التخصيب مرة تلوالأخرى, حتى الحصول على نجاح التخصيب الراجح من جانبنا أن المدة المعملية أى من لحظة التخصيب المعملى للنطف وظهورها فى صورة نطفة أمشاج ليست محسوبة ضمن المدة القانونية التى أقرها أهل الطب لاحتساب وثبوت نسب المولود من الأبوين طالت أو قصرت.

ولهذا جاء فى المادة (١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) أنه لا تسمع دعوى أنكار النسب لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة. وعلى هذا سارت المحاكم الشرعية من يوم صدور هذا القانون وهو الجاري عليه العمل حتى اليوم[1].

(١) وهذا هو المعمول به في السودان، فقد صدر منشور شرعى رقم ٤١ من محكمة عموم السودان الشرعية فى مارس سنة ١٩٣٥، وجاء فى المادة الثامنة منه: "لا تسمع عند الأنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد. ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق والوفاة". والمراد بالسنة هى التى عدد أيامها (٣٦٥) يوماً

المطلب الثاني
طرق ثبوت نسب[1] إبن الرحم

تمهيد:

إن أول ما يثبت للمولود من حقوق هو ثبوت النسب. فالحياة تبدأ منذ لحظة الميلاد يعقبها ثبوت النسب. فالخروج إلى الدنيا بغير نسب ينتمي الإنسان اليه أو فرع مبنى على الأصل يصبح وكأن الإنسان لم يكن. وعليه فقد أسس القانون الوضعي قواعد وأحكام لثبوت النسب " مثل "قاعدة الولد للفراش" فهى الأساس الذى بنى عليه ثبوت النسب في القانون الوضعي والفقه الإسلامي. وسنتناول قواعد ثبوت النسب في جهة الأب، ثم نتبعها بقواعد ثبوت النسب جهة الأم ويحسن قبل بيان الطرق التى يثبت فيها النسب فى عملية الإنجاب بتأجير الأرحام والصور التى لا يثبت فيها النسب أن أشير إلى أن النسب يثبت فى القانون الوضعي والفقه الإسلامي بأدلة أهمها الفراش، والإقرار، والبينة والقافة، والقرعة، ثبوت النسب بدعوى الحسبة[2]. وهذه الأدلة تناولها

---

(١) يثبت النسب من عدة أسباب التى يعد منها عقد الزواج الصحيح وعقد الزواج الفاسد - عقد الزواج الباطل - الاستيلاد - إستدخال النطف الذكرية - الوطء بشبهة الفراش - إثبات الولادة.

(٢) نص الحنفية والشافعية
في مقابل الصحيح علي أن الشهادة علي النسب لا تقبل من غير دعوى/ البدائع جـ٤ ص ١١١ المحلي جـ٤ ص ٣٢٢، ٣٢٣ أسني المطالب جـ٤ ص ٣٦٧ الجمل جـ٥ ص ٣٨٦
لأن النسب حق لأدمي وحقه لا تقبل فيه شهادة الحسبة المحلي جـ٢ ص ٣٢٢، ٣٢٣ أسني المطالب جـ٤ ص ٣٦٧ الجمل جـ٥ ص ٣٨٦
وقال أبو حنيفة:
إذا كان صغيرا فانه لا تقبل ما لم ينصب القاضي خصما عن الصغير ليدعي النسب له بطريق النيابة شرعا نظرا للصغير العاجز عن إحياء حق نفسه والقاضي نصب ناظر للمسلمين وكان ذلك شهادة علي خصم البدائع جـ٤ ص ١١١
أما الشهادة علي نسب صبي صغير من رجل وأنكر الرجل فأنها تقبل من غير دعوى البدائع جـ٤ ص ١١٠
وذهب الشافعية في الصحيح عندهم الى أنه تقبل شهادة الحسبة في النسب لأن وصلة حقا لله تعالي
والراجح لدينا هو ما ذهب اليه الشافعية في الصحيح من قبول شهادة الحسبة في إثبات النسب صيانة للولد من الضياع فهو حق للام وحق للطفل ولا يجوز للام التنازل عنه كما أن في إثبات النسب حقا لله تعالي.

باستفاضة فقهاء القانون والفقهاء الأوائل والباحثون من أهل الطب المعاصرون، ولذا يكتفي بالرجوع إليهم وهذا لعدم الإطالة، وهناك دليل أخر نتيجة التطور البيولوجي والتقنيات الطبية الحديثة، وهو البصمة الوراثية ، أى المعيار البيولوجي مما يقتضى التعرض له بشئ من الإيجاز المناسب لطبيعة الموضوع وذلك على التوالي من خلال استقراء النصوص القانونية الوضعية في مصر وفرنسا وغيرها من التشريعات العربية والأوروبية. نجد أن مشرعي هذه الدول وفي مجال ثبوت النسب جهة الأب قد اتجهوا إلى إعمال المعيار الجيني كأساس لثبوت النسب مضافاً إليه المعيار الإرادي لثبوته وسوف نتناول كلاً من طرق ثبوت النسب في نقط مستقلة، وعلي التوالي:

أولاـ فى حالة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر متزوجة فيكون صاحب فراشها هو زوجها:

بناء على ما رواه الجماعة، إلا أبا داود، عن أبى هريرة أن الرسول- ﷺ- قال "الولد للفراش وللعاهر الحجر". وفى لفظ البخارى: "الولد لصاحب الفراش"[1].

وتطبيقا لذلك سيكون هناك فراشان وسينسب الولد لصاحبة الرحم المستأجر وسيستفيد من قرينة النسب للفراش[2]، فينسب لزوج صاحبة الرحم المستأجر التي لقحت بنطفة أمشاج الابيوين البيلوجيين ويدعم ثبوت النسب ناحية هذا الزوج هنا ولادة زوجته لذلك الطفل. فتكتمل بذلك الشروط القانونية لثبوت النسب جهة الأب. وهذا الحكم يسري في القانون المصري والفرنسي.

ولن ينسب الطفل إلى فراش الأب الجينى أى الذى تكون الطفل من صلبه ولكن لزوج صاحبة الرحم المستأجر أن ينكر هذه البنوة فيثبت أن هذا الولد

---

(١) الفراش في اللغة: من فرشت البساط من باب قتل وجمعه مثل كتاب وكتب وقوله ﷺ (الولد للفراش) أي للزوج فأن كل واحد من الزوجين يسمي فراشا للأخر كما سمي كل واحد منهما لباسا للآخر وافترشه وطئه فالفراش في اللغة هو الوطء.
- نيل الأوطار للشوكانى فى ج ٦ ص ٢٧٩ ، العاهر هو الزأنى وله الحجر، اى يبوء بالخيبة، كما يقول العرب بفيه التراب، يريدون ليس له الا الخيبة، وقيل معناة أن له عقوبة الرجم بشروطها المقررة شرعا - وفي الاصطلاح الشرعى: - تستعمل كلمة الفراش بمعني الوطء أيضا كما تستعمل بمعني كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد[1] وقد فسره الكرخي بالعقد.

(٢) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

ليس من مائه عن طريق استخدام مستحدثة البصمة الوراثية. فليس هناك ما يجبر ذلك الزوج أو يأوي ولداً ليس من مائه. وكما سبق أن ذكرنا أن قرينة النسب للفراش هي قرينة ليست قاطعة. فإن استطاع الزوج أن يثبت عكسها – بالشفرة الوراثية – فلا يلزمه نسب هذا الطفل.

ونظراً لصعوبة إثبات النسب من الناحية العلمية، يأخذ القانون بالقرائن، وأهمها قرينة الولد للفراش، ومقتضاها أن الطفل الذي يولد علي فراش الزوجية، أي إذا كان الحمل قد تم أثناء الزوجية، فإنه ينسب للزوج، هذا بشرط ألا تقوم هناك ظروف لا يتصور فيها إمكان حمل الأم من الأب، لأن هذه قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ولكن بأدلة قاطعة[1].

ونرى أن نسب الطفل الناتج من عقد تأجير الأرحام يكون اقرب الشبه من العلاقة بين الأمه وسيدها وذلك لتشابه فراش الأمة بفراش صاحبة الرحم المستأجر.

ويفهم ذلك من خلال المفهوم الشرعي للفراش أي الناتج من قيام علاقة زوجية بين الأم والأب، بصرف النظر عما إذا كان العقد المبرم بين الزواجين صحيحا أو فاسدا فيثبت من كلاهما النسب بمجرد أن يتم واقعة الميلاد على فراش الزوجية وذلك يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات، هذا وقد أوجب القانون التبليغ عن المواليد خلال ١٥ يوماً من تاريخ الولادة إلى مكتب السجل المدنى. ويشتمل التبليغ على زمان ومكان الولادة، وكذلك بيانات الأبوين ويتم ذلك من خلال السجلات مرفقا صورة من القيد فى سجل المواليد، وإن لم يوجد هذا الدليل أمكن إثبات ذلك بكافة الطرق.

وجدير بالذكر نرى أن المدة التى صرح بها القانون لتسجيل الطفل وهى ١٥ يوما من تاريخ الولادة هى نفس المدة التى منحها المشرع الأمريكى لصاحبة الرحم المستأجر؛ لكى تعيد النظر فى التفكير قبل الإقدام على تسليم المولود إلى الأبوين الجينين بموجب الاتفاق المبرم بينهم.

---

(١) الاستاذ الدكتور/ محمد حسين منصور – كتاب احكام الاسرة المطبقة على المسيحيين – ص (٣٢٩).

وعليه نرى من جانبنا أن الاعتماد على قاعدة الفراش كقرينة لاثبات النسب المولود غير كافية وليست قاطعة فى عملية تأجير الأرحام وهذا لتعدد صاحب فراش (فراش الأبوين البيلوجيين وفراش صاحبة الرحم المستأجر وزوجها) كما سبق وأن بيناه سلفا.

ثانياً: من ناحية ثبوت النسب لهذا الجنين إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر ليست ذات زوج فهل النسب يثبت إلى صاحب النطفة الذكرية وما هومركز صاحبة البييضة؟

لا شك من أن نسب المولود ثابت في حق أمه الغير متزوجة ويلحق بها. لكن هل يعتبر الطفل الناتج من ذلك التلقيح والمولود من رحم الأم المستضيفة بمثابة ولد غير شرعي؟

نرى في هذا الغرض أن المولود الناتج من التلقيح بواسطة الزوجين في رحم أم مستضيفة يعد بمثابة ولد شرعي. وذلك لاحترام المائين ولقيام الفراش في حق كل من الأم بالرحم وزوجها وذلك في حالة إقرار الأخير به

وفى حالة إذا كانت صاحبة الرحم منفردة أى غير متزوجة سينسب الولد إلى فراش الأب الجينى لوجود فراش واحد مع تحفظنا على أن يكون نسب الطفل يجب أن يكون للام التى ولدته فى الحالتين السابقتين. ولكن على الرغم من ذلك نرى أننا سنقع أيضاً فى دائرة الحيرة فى حالة المرأة المنفردة سيكون نسب الولد إلى الأب البيولوجي كما ذكرنا ولكن أم الولد ليست زوجة الأب البيولوجي. أى أنه لا علاقة بين أم الولد ووالدة وإلا فكيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الأب البيولوجي للطفل ولم يبن بها أوحتى يعقد عليها وهل يعد فقهاء القانون والشرع المرأة فراشا دون البناء بها؟

يرى القانون المصري أنه يشترط لثبوت نسب المولود لأبوين الدخول المحقق أو التلاقي بين الزوجين وهذا غير محقق بين صاحبة الرحم وصاحب النطفة الذكرية. وبالتالى لن تصير المرأة صاحبة الرحم فراشا له (للأب الجينى).

ومن هذا يتبين أن قاعدة الولد للفراش لايجب أن تؤخذ على إطلاقها بل لابد من اشتراط أن تكون صاحبة الرحم المستأجر منفردة ولسيت ذات زوج. حتى يصبح هناك فراش واحد وهو فراش الأبوين البيلوجيين وعلى الرغم من ذلك سينسب الولد إلى الأب البيولوجي وخلاصة القول لا يوجد مانع من نسب

الطفل المولود بالطريقة التقليدية لتأجير الأرحام لتوافر الفراش واحترام المائين عند الإنزال حتى فى طريقة تأجير الرحم التقليدي (التبرع أو تأجير رحم وبييضة امرأة غريبة) التى اتبعها الغرب وقد سبق وأن نوهنا عنها. ينسب أيضاً المولود إلى صاحب الفراش وذلك لأنه يكفى احترام ماء الرجل.

يعد الإقرار[1] هو المسلك الطبيعي الثانى لثبوت النسب فى العلاقة الإنجابية الطبيعية بين الأزواج يثبت نسب الأولاد بطرق الإثبات المذكورة التى منها إقرارالزوج كطرف أول فى العلاقة المكونه من اثنين. بالنسبة الأم مجرد ميلاد الطفل يعتبر هذا بمثابة إقرار منها ببنوة هذا المولود.

ولكن فى عملية إيجار الرحم هناك عدة أطراف يتعلق بهم الإقرار على حسب وضع كل منهم وهذا على النحو التالى بالنسبة إلى الأب البيولوجي والأب بالفراش .

القاعدة أنه يثبت النسب بناء على قاعدة الولد للفرش أو بإقرار الأب أن هذا الولد ابنه.

وتطبيقا على ما سبق ماذا يحدث لو تراجعت الأم بالرحم عن اتفاقها بخصوص تسليم المولود واحتفظت به مستنده على قاعدة ثبوت المولود بالميلاد فى الوقت الذى اقر فيه زوجها بنسب وبنوة الطفل مستندا على قاعدة الولد للفراش وبعد ذلك أنكر زوج الأم بالرحم نسب الطفل اليه؟

والراجح لدينا أن الزوج لا يستطيع إنكار النسب إذا صدر منه إقرار صريح أو ضمني بالبنوة عقب الولادة كما لو كان علي علم بحمل زوجته لحساب الغير وسكت حتى إبلاغه عن الولادة. أو لو وقع على العقد المبرم بين أطراف إيجار الرحم اعتبر هذا قرار منه بالنسب ولا يقبل منه النفي بعد ذلك وخاصة بعد مرور المدة القانونية المسموح بها للزوج برفع دعوى أنكار أو نفى النسب وقد تقرر ذات الحق للزوج وذلك عن المدة التى حددها القانون خلال سبعة أيام من حصولها إذا كان حاضراً أو من وقت العلم بها في حالة غيابه شريطة أن لا يكون قد صدر منه ما يدل علي الاعتراف الصريح أو الضمني

(١) ومعناه إخبار الرجل القرابة بينه وبين آخر

بالوليد[1]. وكذلك بموجب (نص المادة ٣١٦ مدني فرنسي) للزوج أن ينكر نسب الطفل خلال عشرة أشهر من تاريخ حصول الولادة إذا علم بها الزوج أو من تاريخ اكتشاف الغش الذي أخفي علي الزوج بإخفاء واقعة الولادة عنه. ولم يقصر المشرع الفرنسي حق أنكار النسب علي الزوج فحسب. وإنما منحه لكل ذي مصلحة كالزوجة والورثة للزوج أن يثبت عكسها وذلك من خلال أن يسلك الوسائل الشرعية لنفي النسب. وهو ما يسمى باللعان[2].

ثالثاً: شروط لثبوت صحة نسب الوليد من الرحم البديل:

١- أن يكون الولد المقر له بالنسب مجهول النسب[3]، لأنه إن كان نسبه ثابتاً لأب معروف، فأننا نكون بصدد تبني لا نسب. بمعنى اخر لو أقر الأب البيولوجي بثبوت نسب المولود من الأم بالرحم فهو الأحق بالطبع من زوج صاحبة الرحم لأن الولد متخلق من مائه. وهذا بالطبع مقرر لمصلحة المولود.

٢- أن يسمح الواقع بنسب المولود للأب، كان يكون المقر فى سن يتصور منها كون الولد ابناً له.

بالنسب إذا صدر مستوفيا شرائطه فأنه لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال كان المقر صادقاً أم كاذبا.

وخلاصة القول يثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة، وإذا نفاه الزوج فلا ينتفي إلا بشرطين أولهما: أن يكون نفيه وقت الولادة، وثانيهما: أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفياً لشروطه فرق القاضي بينهما ونفى الولد عن أبيه وألحقه بأمه ورغم ذلك نرى أن سقوط حق الزوج فى ملاعنة زوجته صاحبة الرحم المستأجر وذلك لسببين الأول: أن

---

(١) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٤٦٦.

(٢) جاء المادة ١٧٦ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي أقرت حق الزوج أن ينفي نسب الطفل التي تضعه زوجته فتنص علي أنه "في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل بالدخول في زواج فاسد أو شبهة يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها بشرط ألا يكون اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً"

(٣) المقرر في فقه الأحناف أنه يشترط لصحة الإقرار بالأبوة أن يكون الولد المقر له مجهول النسب فأن كأن معروفاً نسبه من غير المقر لا يثبت نسبه منه بمجرد الإقرار لأنه =

النطف التى بداخل رحمها لم تدخل من طريق الزنا ولكن بطريقة صناعية لا تمس الإيلاج باى شكل من أشكاله بالإضافة إلى احترام المائين الموجودين بداخل رحمها.

٣- موافقته الضمنية بتأجير رحمها وعدم اعتراضه حتى الولادة تعتبر بمثابة إقرار منا يحدث, وليس ذلك فقط, بل أنه مشترك معها فى هذه العمليه متحملا معها جميع عواقبها بصفته زوج لها وصاحب فراشها, وبالتالى أب للمولود عند عدم إقرار الأب البيولوجي بنسبه، والأصل فى النسب الإحتياط فى ثبوته ما أمكن, فهو يثبت مع الشك، وينبني على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأي وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد.

وبالنسبة إلى ثبوت النسب المولود من الأم بالرحم والأم الجينية:

بالنسبة للأم بالرحم يثبت نسب المولود إليها بمجرد ميلاده منها يعتبر هذا بمثابة إقرار منها ببنوته حتى ولو كانت لا ترغب فى ذلك, ومسألة تنازلها عنه للام البيولوجية هذه مسألة أخري, أما الأم الجينية فالراجح لدينا أنها ليست بأم للمولود, وأن كان المولود قد تكون من نطفتها اللهم أن تكون له أم جينية كالأم بالرضاعة. والله أعلى وأعلم.

- من الآثار التى تترتب على ثبوت المحرمية بتأجير الرحم بالإقرارأو البيّنة، سواء أكان ثبوته بين زوجين فعلا ، أم بين اثنين لم يحصل بينهما عقد زواج. فإذا ثبت أن الزوجين من نتاج حمل فى رحم واحد بصرف النظر عن مصدر النطف التى نبتوا منها، كان العقد فاسداً وحينئذ يأخذ أحكام العقد التى عرفناها، من ناحية وجوب الفرقة، ومن ناحية المهر. كما تثبت بين من جمع الرحم بينهما حرمة الزواج المؤبدة التى تكون بسبب النسب أو المصاهرة.

والإقرار قد يكون قبل عقد الزواج، أو بعده، لكل من هاتين الحالتين حكماً. فإن أقر الإنسان بأن فلانة أخته من الرحم وكان هذا قبل أن يتزوج بها، وظهر منه الإصرار على إقراره، لم يكن له أن يتزوجها، فأن فعل وجب التفريق بينهما. ويقبل منه أن يعود فى إقراره مبيناً أنه وهم أو أخطأ فيه، سواء أكان رجوعه قبل العقد أم بعده؛ وذلك لأن مسألة الحمل من رحم امرأة واحدة مما يختفي، فيقع فيه الوهم والغلط، فربما أقر بالرضاع بناء على خبر وصل إليه، ثم

ظهر له عدم صحته [1] فإذا اعترف الرجل والمرأة بأنهما أخوان من الرحم قبل إجراء العقد حرم عليهما إتمامه وحرم علي المأذون توثيقه متى علم وأصبحت دعوى حسبة. علي كل مسلم بمنع قيام هذا الزواج.

ولو كان الإقرار بعد الزواج:

وجب التفريق بينهما إن لم يفترقا من نفسيهما، وعلي القاضي أن يفرق بينهما جبراً. وعلي المسلمين وجوب إقامة دعوى حسبة للتفريق سواء أصدقته الزوجة أم لم تصدقه؛ لأنه ليس متهماً في إقراره الذى ينهى به عقداً يملك إنهاءه بالطلاق. وبالمثل كالرضاعة تماما. ولو كانت المرأة هى التى أقرت بأنها وليدة من نفس الرحم الذى ولد منه زوجها " أى أنهما نتاج رحم امراة واحدة " وكان ذلك قبل الزواج، لم يكن لها أن تتزوج به حتى ولو كان يكذبها فيما أقرت به. وأن كان الإقرار بعد العقد بينهما لم يكن له أثر على العقد أن لم يصدقها الزوج؛ إذ قد تكون أقرت كذباً بما يوجب التفريق بينهما للتخلص منه. وهذا إذا لم تكن تزوجته على أن تطلق نفسها متى شاءت؛ لأنه لا تهمة فى هذه الحالة فى إقرارها بأنها ولدت من نفس رحم المراة التى ولدت زوجها وكانت أم بالرحم لزوجها. ولا شك من أن للمرأة حقوق الزوجة بعد التفريق؛ لأن حقها لا يبطل بإقرار الرجل وحده.

والراجح لدينا هو ما ذهب إليه الحنفية[2] لقوة حجتهم وللاحتياط في ثبوت النسب لأننا نرى أن موضوع النسب يكون دائما محاطا بالنساء. الأمر الذى

---

(١) لا يقبل الرجوع فى الإقرار عند الشافعية والمالكية؛ لأن المقر يختلط عادة لنفسه فلا يقر إلا عن تحقق، نهاية المحتاج، ج٧ ص١٧٣، البدائع، ج٤ ص١٤.

(٢) رأى الحنيفية: يثبت الفراش فى الزوجة بمجرد العقد عليها ولا يشترط إمكان الدخول، فمتى أتت الزوجة يولد لأدنى مدة الحمل من حين العقد ثبت نسبه من الزوج، متى أمكن تصور كونه منه؛ بأن كان بالغاً أو مراهقاً، ولا ينتفي نسبه منه إلا باللعان. ويثبت هذا الحكم حتى ولو لم يكن الدخول ممكناً، بأن طلقها فى المجلس عقيب تزوجها، أو كان أحد الزوجين بأقصى المشرق والآخر بأقصى المغرب ولم يلتقيا، وذلك لأن الرسول ﷺ لما نفى النسب عن للزانى مع تحقق وطئه دل على عدم إعتباره، وصار الإعتبار بالعقد الذى هو مظنة الوطء. البدائع ج ٣ ص ١٥٤٦، ١٥٤٧، ابن عابدن ح٥ ص ٦٣٠ فتح القدير ج٣ ص ٣٠١، البناية ج٤، ص ٨١٨

يجعل من السهل شهادتهم بجانب الرجال. هذا في إثبات النسب في الأحوال الخاصة بالعلاقات الزوجية الطبيعية. فما بالك بثبوت النسب في عملية تأجير الأرحام التي يتنازع ويتصارع عليها أكثر من أب وأم. فمن الضروري أن ترجح البينة عن الفراش والإقرار. لأنه مما لا شك فيه إذا كان الإقرار حجة قاصرة علي المقر لا تتعداه إلى غيره فإن البينة تمتاز بكونها حجة متعدية لا يقتصر أثرها علي المدعي عليه. بل تثبت في حقه وحق غيره. ويستفاد مما سبق أن البينة أقوى في الدلالة من الإقرار لذا فثبوت النسب بالبينة أقوى من ثبوته بالإقرار. وعليه فإذا ادعى بطلان بنوة ولد وجاء أحدهم بالبينة والآخر بالإقرار فإن صاحب البينة يثبت له نسب الولد دون صاحب الإقرار. لذلك نرى أن اقوى وسيلة إثبات نسب هي البينة. وهي الطريقة المناسبة في إثبات نسب المولود من تأجير الأرحام. وخاصة أن أطراف هذه الطريقة معتمدون فيها على أساس الاتفاق المنعقد بينهم. ولذلك كان من الأنسب حماية مصلحة الطفل من اتفاقاتهم بضمان ثبوت نسبه بالبينة.

ماذا يحدث لو حملت صاحبة الرحم المستأجر في توأمين الأول الخصم في إثبات النسب من نطفة الأمشاج الزوجين البيولوجيين بغرزها في رحمها وبعد ذلك عاشرها زوجها فحملت منه على اللقيحة الأولى فأصبح بداخلها طفلان الأول من ماء الأبويين البيولوجيين والثاني من ماء صاحبة الرحم وزوجها؟

القاعدة أنه إذا ولدت المرأة ولدين في بطن واحدة فنفي الأول واعترف بالثاني يثبت نسبها ؛ لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد. ويحد الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني.

وإن اعترف بالأول ونفي الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن ؛ لأنه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والإقرار بالعفة سابق القذف فصار كما إذا قال أنها عفيفة. ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا[1] ولو جاءت بثلاثة في بطن واحدة فنفي الثاني وأقر بالأول والثالث لاعن وهم بنوه ولو نفي الأول والثالث وأقر بالثاني يحد وهم بنوه كموت أحدهم[2].

(١) البدائع جـ٣ ص٢٤٧ ، ابن عابدين جـ٢ ص٥٩١ الأنصاف ر جـ٩ ص ٢٤٨.
(٢) ابن عابدين جـ٢ ص ٥٩١.

ومع ذلك نرى أنه من الداعي أن ما يسرى على التوأم يسرى على المولود الواحد. ينسب إلى الأم بالرحم وزوجها وإن أنكر زوجها النسب فى المدة القانونية السابق ذكرها وادعاه الأب البيولوجي ينسب اليه

ومما هو جدير بالذكر إذا قطع النسب من الأب وألحق الولد بالأم. فإن سريان النسب في حق بعض الأحكام دون البعض الآخر. يبقي في حق سائر الأحكام من الشهادة والزكاة والقصاص وغيرها ؛ حتى لا تجوز شهادة أحدهما للأخر وصرف الزكاة إليه ولا يجب القصاص علي الأب بقتله ونحو ذلك من الأحكام إلا أنه لا يجري التوارث بينهما ولا نفقة علي الأب لأن النفي باللعان يثبت شرعا بخلاف الاصل بناء علي زعمة وظنه مع كونه مولودا علي فراشة وقد قال النبي - ﷺ - (الولد للفراش)[1] فلا يظهر في حق سائر الأحكام[2].

رأى الباحثه:

بالرجوع إلى ما سبق لا نتفق مع ما ذهب إليه رأى الجمهور فى ثبوت النسب بالقيافة[3] وخاصة فى عملية تأجير الأرحام رغم أن بعضا من الفقه رجح هذا الرأى. ولكن الراجح لدينا هو ما ذهب اليه رأى الحنفية[4] — وذلك للأسباب السابق ذكرها. بالإضافة إلى أن النسب يثبت للرجل بثبوت سببه وهو النكاح أو ملك اليمين أو للأسباب التى ذكرناها. فى عملية تأجير الأرحام. ولا يرجع عمل القائف إلى شئ من ذلك وأنما يرجع الى معرفة التخلق من الماء وهو لا يثبت به النسب. حتى لوطبقنا من هذا التخلق ولا فراش فأن النسب لا يثبت الوقت الذى ظهرت فيه هذه الوسيلة من إثبات النسب كان قبل أن تظهر التقنيات الحديثة التى ساهمت فى إيجاد طريقة علمية جديدة تغنى عن وسيلة القيافة وهى البصمة

---

(١) سبق تخريج الحديث

(٢) البدائع جـ٣ ص٢٤٨ ، المبسوط جـ ٢٩ ص ١٩٨ فتح القدير جـ٣ ص٢٦٢ روضة الطالبين جـ٦ ص ٤٣ الوسوعة ج٣٥ ص ٦٢٤ ، ٦٢٥/ المغنى ج ٦ ص٤٣

(٣) هى وسيلة من وسائل إثبات النسب ولكنها اليوم فقدت أهميتها السابقة ولم تعد متداولة كما سبق فى الماضى وحل محلها طرق جديدة من نتاج المستحدثات العلمية الحديثة ومع ذلك هناك من يتبعا فى الأماكن الناقية التى لم يصل العلم عندها.

(٤) وذهب الحنفية الى أنه لا يثبت النسب بقول القائف لا لأنه القيافة كالكهانه في الذم والحرمة أو أن الشبهة لا يثبت بها وأنما لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش وغاية القيافة إثبات المخلوقات من الماء لا إثبات الفراش فلا يكون حجة في إثبات النسب

الوراثية ، أى المعيار البيولوجي لثبوت نسب المولود لوالده فى الماضى كانت القيافة مناسبة للفصل بين الخلط بين نسب السبايا والجواري والأمة وبين السيد أو مالكهم. أى أن طريقة القيافة كانت تحتل مركزا مهما فى الماضى وذلك للمضاجعات التى كانت تتم دون وجود زواج والوطء بشبهة الذى كان ينتشر حين ذاك ولكن بعد ظهور تأجير الأرحام وطرق الإخصاب الصناعى بكافة إشكالها وألوانها التى نراها صورة من صور المضاجعات قديما أصبح هذا التطور يلزمه شكل جديد يتماشى مع التعامل مع تلك المستجدات. وهو ما يعرف اليوم بالبصمة الوراثية وسوف نقوم بالتعرض له إن شاء الله تعالى.

المطلب الثالث

البصمة الوراثية

من خلال تناولنا للمبحث السابق بشأن طرق إثبات النسب من عملية تأجير الأرحام والتى منها الفراش، والبينة، والإقرار، والقافة، والقرعة، وهذه الطرق أفاض فيها الفقهاء الأوائل[1] والباحثون المعاصرون، وهناك دليل آخر نتيجة التطورالبيولوجي والتقنيات الطبية الحديثة، وهو البصمة الوراثية ، التى تعد قرينة أخري جديدة وأن كانت ترتبط بها قوامها التطورات التي يشهدها علم البيولوجي والفسيولوجي وتتمثل هذه القرينة فيما يعرف ببصمة الدنا التي أصبحت تؤثر تأثيرا عميقا في سماتنا الشخصية وفي مستقبل السلالات البشرية، وفي المجتمع بكافة تنظيماته والمشكلة التي تثار في هذا الصدد هي كيفية تسخير هذه القوة العلمية الجديدة في الاتجاة الملائم الذي يناسب ظروفنا ويجعل حياتنا أكثر استقرارا وما هو المدى الذي تسمح به الدول المتقدمة التي تقوم علي هذه التجارب – تحت ما يعرف باسم التقدم العلمي – للدول النامية.

---

(١) ولمزيد من التفصيل يرجع إلى. الهداية ج٢ ص٢٦، ج٣ ص٨٥ وما بعدها، شرح فتح القدير ج٤ ص١٧٦، المدونة الكبرى للأمام مالك بن أنس الاصبحى ج٢ ص٤٣٨، مطبعة السعادة طبعة أولى سنة ١٣٢٣هـ، بدايع المجتهد ج٢ ص٢٦٨، أنوار السالك ص٢٤٥، مغنى المحتاج ج٤ ص٤٣٧، تحفة الطلاب ص١٣٦، المغنى ج٦ ص٣٠٢، ج٩ ص١٣، ٣٧، زاد المعاد ج٤ ص١١٦، المحلى ج١١ ص٧٤١، البحر الزخار ج٤ ص١٤١، الروضة الندية ج٢ ص٢٤٤ جواهر الكلامج٣١ ص٢٢٢ وما بعدها.

وجدير بالذكر تستند البصمة الوراثية إلى القاعدة الأصولية التي تقرر أن الأصل في الأشياء الإباحة وفي الإنسان براءة الذمة ما لم يقم الدليل علي عكس ذلك. باعتبار أن هذه القاعدة تمثل أحد أدلة الأحكام الشرعية المعروفة في الشريعة الغراء. وهو دليل الاستصحاب الذي من مقتضاه أن اليقين لا يزول بالشك وأن الأصل بقاء ما كان علي ما كان عليه حتى يثبت خلافه بدليل آخر أقوى منه. مما يقتضى التعرض له بشئ من الإيجاز المناسب لطبيعة الموضوع وذلك على النحو التالى :

أ- ماهية البصمة الوراثية " بصمة الدنا":

عبارة عن النمط الوراثي المتكون من التابعات المتكررة خلال الحامض النووي مجهول الوظيفة، وهذه التابعات تعتبر فريدة ومميزة لكل شخص، ويحدث ذلك بسبب قيام بعض الأنزيمات وتسمى R.E بتكسير الحامض النووي فى أماكن محددة ومقننة وثابتة ولا تتغير أبدا، وإذا حدث وتغير المكان فأن ذلك ينتج عنه خلل كبير يؤدى إلى أحد الأمراض الوراثية، ومن هنا أمكن استخدام هذه الظاهرة أو الخاصية فى الحصول على فتاتات مختلفة الأطوار ومتعددة الإشكال وتسمى مجملا R.E.L.P وتنتج هذه الفتاتات ذات الأطوال المتباينة نتيجة تكسير الحامض النووي بهذه الأنزيمات، فهى إعداد متباينة من التكرارات أو التابعات الموجودة بنظام وقياس[1].

وانطلاقا مما سبق نرى أنه لابد من توافر عدة ضوابط، يمكن أخذها مما اشترطه الفقهاء فى خبير البصمة الوراثية كي يقبل حكمه. ولذا هناك تدابير وضوابط ينبغى توافرها لإثبات النسب.

ب- التدابير الواجب توافرها فى خبير البصمة الوراثية لإثبات الأبوة :

١- اشتراط الخبرة والكفاءة المتضمنة أكاديميا وعمليا فى خبير البصمة الوراثية.

---

(١) د/ صديقة العوضى، د/ رزق النجار. دور البصمة الوراثية فى اختبارات الابوة. وما بعدها. مقام إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشرى والعلاج الجينى بالكويت من ١٣ –١٥/١٠/١٩٨٨م، البصمة الوراثية "بصمة الدنا" ومدى حجيتها ف اثبات البنوة د/سفيان محمد العسولى ص٨ مقدم إلى الندوة السابقة.

٢- أن يكون مسلما. ويرجع السبب فى ذلك كونه ملما بأمور الشريعة الإسلامية التى على أساس طبق قواعد طرق إثبات النسب لضمان أن تكون النتائج يقينية لا ظنية

٣- أن يكون عدلا ؛ ألا يقصد من حكمه منفعة خاصة

٤- ألا يقل عدد الخبراء فى الموضوع الواحد عن اثنين ؛ لأنها شهادة والنصاب فيها الا يحكم بأقل من اثنين

٥- أن يكون اللجوء إلى البصمة الوراثية فى أحوال محددة: كاختلاط المولود بغيره وتنازع الآباء فى الأطفال المختلطين – أن يتيقن الزوج بأن زوجته لم تحمل منه.

ج ـ نماذج من التطبيقات الهامة لاستخدامات والبصمة الوراثية:

- واثبات البنوة عن طريق البصمة الوراثية هو أسلوب جديد اخترعه الطبيب الأنجليزى الفيكس جيفريف سنة ١٩٨٥م، وينطلق من أن كل شخص يحمل داخل خلاياه نواة تحتفظ بكل صفاته التى ينفرد بها. ويحمل الابن هذه الصفات من الأب مناصفة مع صفات أمه وبالمكان معرفة بنوة أى أب أو أم لشخص ما من تطابق جينات الابن مع بصمات الأب والأم[1] وعلى سبيل المثال:

- إثبات البنوة كما لو اختلط المولود بغيره وتنازع الآباء فى الأطفال المختلطين. وهذا الافتراض قد يحدث. أوعند تخصيب صاحبة رحم مستأجر بنطفة زوجين بيلوجيين. وعقب ذلك جامعها زوجها فحملت منه على لقيحة الزوجين وأصبحت تحمل فى رحمها توأما فهنا عن طريق البصمة الوراثية يمكن تحديد كل طفل حتى ينسب لأبيه وأمه عند اتفاقهم وعدم منازعتهم قضائيا ؛ لأنه عند التنازع سينسب الطفلان إلى الأم بالرحم وزوجها كما سبق الإشارة إلى ذلك بناء على قواعد النسب.

كما لو شب حريق فى المستشفى للأطفال وكان فى الحضانات المخصصة فى المستشفى أطفال كثيرون فى الأيام الأولى من الوضع مثلا. ولحدوث الهلع

(١) الاهرام ٢٢ رجب سنة ١٤١٨ هـ – ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٩٧ م ص٦

تلتقط الحاضنة أو المرضى جميع الأطفال وتخرج بها إلى مكان آمن، ولضيق الوقت ولا يعطيها الفرصة اللازمة لأخذ الأحتياطات، ثم تحدث المشكلة فى نسبة كل مولود لأبيه، فهنا عن طريق البصمة الوراثية يمكن تحديد كل طفل حتى ينسب لأبيه وأمه، إلا أنه وكما يذكر البعض[1] قد يبدو هنا إشكال فى هذه الحادثة، إذ يمكن أن يوجد بين هؤلاء المواليد من حملته أمه من غير زوجها فتكشف الحقيقة المرة، فهل يقوم القائم بالتحليل عن طريق البصمة الوراثية بإعلام الأب بأن الولد الباقي والذي من المفروض أن يكون ولده، أنه حسب البصمة الوراثية هو لا صلة به؟ أم لا؟ اكتفاء بأن مهمته نسبة كل مولود بوالده، لا أعلام الأب بصحة نسبه أو عدم صحته.

- تحديد الهوية سواء فى الجرائم أوغيرها وهذا ما فعله سميسون[2]
- إثبات الأبوة أو الأمومة كما لو ادعى رجلان فأكثر أو امراتأن فأكثر بنوة طفل مجهول النسب
- تحديد شخص الجاني فى جرائم الزنا والاغتصاب عن طريق إجراء اختبار الجينات (DNA)[3]

---

(١) فضيلة الشيخ/ محمد المختار السلامى. اثبات النسب بالبصمة الوراثية. بحث مقدم لندوة الوراثة والحروسة الوراثية بالكويت. السابقة ص١٢

(٢) حيث قام بتحديد هوية شخص قد مات وابلغ على اختفائه منذ ثمأن سنوات وذلك عن طريق البصمة الوراثية التى قام باجرائها على عظام عثر عليه فى قاع النهر استخرته شبكة صياد وكذلك من خلال فحصه لمواد برازية عثر عليها واستخلصت من ملابس ثلاث نساء ابلغ اغتصابهن تمكن التوصل إلى المتهم حيث كأنت الحالات الثلاث فى منطقة واحدة ولكن على فترات مختلفة وقد تم القبض على سبعة رجال، واعطت النتائج المتقاربه فى الايجابية لثلاثة منهم فتم استبعاد الاربعة المستبقين، وبإجراء تحليل DNA باسلوب PCR تم التواصل للمتهم الحقيقى من ضمن الثلاثة (تقرير مقدم من كبير الأطباء الشرعيين بمصر. عن المؤتمر الأوربى الأول للتعرف على الجينلت الادمية بمدينة تولوز – فرنسا فى الفترة من٢٩ إلى ٣١ مايوا سنة ١٩٩٦ م ص١١ وما يليها).

(٣) اللواء الخبير/ ابو بكر عبد اللطيف عزمى الجرائم الجنسية واثباتها مع مبادىء اصول علم الأدلة الجنائية فى مجال اثباتها ص ٢٨٢ ٢٨٣ دار المريخ للنشر بالسعودية – لمزيد من التفصيل راجع د/ عطا السنباطى – بنوك النطف والاجنه - ص ٢٩١ – المرجع السابق

والتطبيق العملي اثبت نجاحها فى ذلك بنسبة عالية جدا، حيث انتهت الأبحاث إلى وصول قدرة ذلك الأسلوب التحليلي المتقدم للايجابية (بنسبة ٩٩/٩٩٪) أى أن نسبته السلبية لم تجاوز (٠٠٠٠١٪)، فإذا كان عدد سكان العالم الآن ٦، ٢ بليون نسمة، ويزداد بمعدل ٣ أشخاص كل ثانية، فأن احتمال أن يكون شخص آخر له نفس البصمة الوراثية للشدفات المدروسة – أى أن له نفس التابعات المتكررة – هو واحد فى ٦، ٢ بليون، وهذا احتمال معدوم، أو يكاد يكون صفرا، ولا يستثنى من النتيجة السابقة إلا أن التوأم وحيد الزيجوت " طفلان من بيضة واحدة وحيوان منوي واحد يكونان زيجات، وينقسم هذا الزيجوت إلى خليتين، وتنفصل الخليتان وتستقلان لتعطى كل منهما طفلا " حيث سيتماثلان فى البصمة الوراثية، أما الإخوة غير التوأم وحيدي الزيجوت، فالتشابه فى نفس النمط الوراثي " البصمة الوراثية " يصل إلى واحد فى المليون[1].

ورغم هذه النسبة العالية لنتائج التحاليل فى الكشف عن البصمة الوراثية، إلا أنه قد تعتريها بعض المشاكل, لذلك وعلى الرغم من أن البصمة الوراثية تعد من الأدلة الفنية التي يستعين بها القاضي الا أنه في النهاية تخضع له كسلطة تقديره كغيرها من الأدلة الفنية بصفة عامة, وهي لا تؤثر علي سبب النسب المتمثل في الفراش الذي أشار إليه الحديث الشريف الولد للفراش.. ..سالف البيان. ولما كانت هذه البصمة من مستحدثات العصر الحالي فقد اقتصر الحديث عنها علي علمائنا المعاصرين الذين اتفقوا علي أن حجيتها لا تعدو أن تكون قرينة في الإثبات أو النفي, تحتاج إلى ما يؤيدها من البيانات الأخرى ولا تصل إلى مرتبة الدليل الكامل في هذا الصدد.

د ـ المشاكل والصعوبات التى تواجهه تقنية البصمة الوراثية:

١- قد يظهر عامل الخطأ فى استظهار النتائج وعلى وجه التحديد فى قضايا البنوة فى حالات زواج الأقارب، وتزداد النسبة فى حالات القرابة القوية والقريبة بالنسبة للجينات الوراثية، ولأجيال قديمة.

---

(١) تقرير كبير الأطباء الشرعيين بمصر السابق ص٩، د/سفيأن العسولى السابق ص١٤، ١٧، د/ صديقة العوضى. ود/ رزق النجار ص١٧.

٢- عوامل داخلية لم يمكن استدراكها حتى الآن.

٣- التضليل أو اختفاء الغرض المطلوب من أجله إجراء اختبارات أل P.C.R.

٤- عدم ظهور الحين فى المستوى ما بين ٩ و٣ – ٤ على سلم الجينات، وله ظروفه الخاصة فى حالات اختفائه.

٥- عدم استخدام الأمصال المخصصة والمحددة.

٦- خلل فى توقيت إدخال العينة.

هـ- ❖ السوابق القضائية المستعينة بتحليل البصمة الوراثية فى القانون الوضعي:

بالرغم من أن تقنية البصمة الوراثية إذا ما تم تطبيقها لمعرفة الأب البيولوجي لطفل ما باستخدام المعايير التى وضعتها المؤسسات العلمية والقضائية المعنية، وتم عمل هذه التحاليل بأيدى خبراء ذوى معرفة ودراية بمشاكل وصعوبات هذه التقنية، فأن النتيجة السابقة ستتحقق بإذن الله – تعالى – وهذا ما حدث بالفعل، حيث بدأت المحاكم فى بعض الدول الأوربية فى الاعتماد على النتائج التى يستخلصها العلماء فى إصدار أحكامها، خاصة فى قضايا البنوة والاغتصاب، ففي الولايات المتحدة الأمريكية أسست عدة شركات لتحديد بصمة الدنا لتعيين هوية المتهمين، وفى سنة ١٩٨٨م أدخلت البصمة الوراثية فى أكثر من مائة قضية بالولايات المتحدة الأمريكية، ولقد أجيزت رسميا فى دائرة قضائية واحدة على الأقل فى نحو ثلثي الولايات. فالتطابق الإيجابى الخاطئ بين العينات مستحيل[(١)].

كما بدأت المحاكم المصرية تعتمد فى إثبات النسب عند التنازع على نتائج تحاليل بصمة الدنا أو البصمة الوراثية، حيث عرضت مؤخرا قضية على محكمة الزقازيق للأحوال الشخصية فى ١٩٩٤(/٥/١٠م) تحت رقم(١٩٩٤ /٩٤٤م) وتتلخص وقائعها فيما يأتي.

(١) تقرير كبير الأطباء الشرعيين بمصر. السابق ص١٣ وما بعدها، د/ سفيان العسولي. السابق ص١٩، الشفرة الوراثية للأنسان. دأنيل كيفلس، وليروى هود. ترجمة د/ أحمد مستجير ص٢١٢ وما بعدها. سلسلة عالم المعرفة. شعبان (١٤١٧هـ - يناير ١٩٩٧م) ط الرسالة الكويت.

أن المدعى – الزوج – بتاريخ ٤/٣/١٩٩١م وضعت المدعى عليها مولودا نسبته اليه وسجلته فى سجل المواليد(صفحة رقم ١٤٣٧ قيد سجل مدني الزقازيق)، فأقام المدعى دعواه طالبا فيها نفى نسب الطفل إليه، وإلغاء القيود الخاصة بشهادة الميلاد، وأمر المدعى عليها بعدم التعرض للمدعى فى هذا الخصوص؛ حيث أنه لم يراجعها ويعاشرها معاشرة الأزواج بعد طلاقها الحاصل لأكثر من ثلاث سنوات متصلة، وعليه فأن ما فعلته المدعى عليها من نسب الطفل المذكور إلى المدعى واستخراج شهادة ميلاد مخالفا الوقع والقانون (طبقا لنص المادة ١٥ من المرسوم بقانون ٢٥٤ لسنة ١٩٢٩م).

وفى(١٦/ ٧/ ١٩٩٤م) أقامت الزوجة دعواها تحت (رقم ٩٦٧/١٩٩٤م) طالبة فيها بثبوت نسب ولدها اليه مع أمره بعدم التعرض لها مع إلزامه بالمصاريف وأتعاب المحاماة، وذكرت، ما سبق مع إضافة أنه – أى الزوج – عاد وتزوجها بعقد عرفي وأوهمها بأنه عقد صحيح شرعي موقع من اثنين من الشهود، واستمر المدعى عليه يعاشرها معاشرة الأزواج ومازالت فى عصمته وطاعته حتى الآن، وقد حملت منه ورزقت منه بالطفل المذكور، فضمت المحكمة الدعوتين وحكمت المحكمة فى(٢٩/٤/ ١٩٩٥/م) قبل الفصل فى الموضوع بندب مصلحة الطب الشرعى بالقاهرة لتوقيع الكشف الطبى على كل من المدعيه والمدعى عليه والطفل، وتحليل فصيلة الدم توصلا إلى معرفة عما إذا كان الطفل هو ثمرة معاشرة المدعى عليه للمدعية، وأودعت مصلحة الطب الشرعى تقريرا مفاده أنه لا يوجد ما يمنع من جواز أن يكون الطفل المتنازع على بنوته ثمرة معاشرة جنسية للمدعية والمدعى عليه، الا أنه لتأكيد ذلك يفضل إجراء اختبارات الأحماض الأمنية وكذا اختبارات الخرائط الوراثية للشريط الجينى الوراثي للمدعية والمدعى والطفل المتنازع على بنوته، وأن هذه الاختبارات تحتاج إلى قيمة مالية على المتضرر تسديدها، فأصدرت المحكمة بتاريخ(١/١٢/١٩٩٦م) حكما اخر بندب مصلحة الطب الشرعى بالزقازيق إلى نتيجة مؤداها أن نتيجة الأبحاث التى أجريت على مقابل الدم بتاريخ(١٥/٥/١٩٩٦م)وكذا نتائج التحاليل الحديثة، الخاصة بالحامض النووي DNA بطريقة PCR والتى أجرتها دكتورة متعاقد معها من قبل الطب الشرعى

تثبت أن الطفل هو ثمرة زواج المدعى من المدعى عليها ، وأنتهن المحكمة فى دعوى الزوجة رقم(١٩٩٤/٩٦٧م)بإجابتها ، وذلك بإثبات النسب فيها إلى أبيه مع أمره بعدم التعرض لها كما ألزمته بالمصاريف ، وفى دعوى الزوج رقم ١٩٤٤/٩٤٤م برفضها مع إلزامه بالمصروفات وذلك استنادا إلى تقرير الطب الشرعى الذى اطمأنت المحكمة اليه ، وأضافت المحكمة بعد أن أوردت أدلة ثبوت النسب من فراش وإقرار وبينة دليلا رابعا يثبت به النسب وهو تحليل مقابل الأنسجة بالأخص الحمض النووي DNA مع ملاحظة أن النسب الذى يثبت بفحص الدم أو بتحليل الأنسجة هو النسب الطبيعي دون النسب الشرعى فلا تلازم بين النسبين ، بالإضافة إلى ذلك صدر حكم مماثل فى الدعوى (رقم ١١٦١ لسنة ١٩٩٥م) شرعي كلى الزقازيق بشأن دعوى نفى نسب بتاريخ(٢٨١٩٩٧/٦م).

و- موقف الفقه والاسلامى فى ثبوت النسب بالبصمة الوراثية:

لاشك من صلاحية وموافقة الشريعة الإسلامية ومسايرتها لكل المستجدات الطبية الحديثة شريطة أن تكون نافعة للبشرية وغير متعارضة لإحكامها ، خاصة فى الوقت الذى استطاع فيه التقدم العلمي في مجال البيولوجي أن يوظف الشفرات الجينية في استجلاء الحقيقة الوراثية عند الشك والمنازعة في مسألة ثبوت الأنساب ونفيها.وهناك سؤال يطرح نفسه عن مدى اعتبار التشابه الجيني في البصمة الوراثية طريقة من طرق ثبوت النسب وتأثير ذلك علي القاعدة التي بنيت عليها مسألة ثبوت الأنساب في الفقه الإسلامي.

وبما أن البصمة الوراثية تؤدى إلى النتائج السابقة بيقين وبإجماع الخبراء المتخصصين فى ذلك فأن الفقه الاسلامى وقواعده وأدلته العامة لا تمانع من الأخذ بهذه التقنية الجديدة كدليل لإثبات النسب. ويرى بعض من الفقهاء المحدثين[1] قياسا البصمة الوراثية على القافة كدليل لإثبات النسب ، بل هى أولى بالحكم ، وذلك لأن عمل القائف يقوم على الحدث والتخمين والأوصاف

(١) د/ عطا السنباطى – المرجع السابق – ص ٢٩٥ ، د/ محمد سليمان الاشقر. اثبات النسب بالبصمة الوراثية. السابق ص١٤ وما بعدها.

الظاهرة التى قد يتشابه فيها الكثير، أما البصمة الوراثية فنتائجها قطعية كما سبق وأن ذكرنا، كما أنها لا تعتد على الأوصاف الظاهرة فقط، كما فى القافة، بل تعتمد أيضاً على الأوصاف الخفية، وقد ذكر الفقهاء أن الأوصاف الخفية تقدم على الأوصاف الظاهرة فى ثبوت النسب.

كما ذهب أصحاب هذا الرأى إلى أن قياس البصمة الوراثية أولى من القافة كدليل لاثبات النسب، وأجازوا عرض الولد على القائف لإثبات نسبه حتى ولو كان ميتا، وبالتالى يجوز لتحديد هويته عن طريق البصمة الوراثية قياسا على ذلك.

الأدلة التى اعتمد عليها أصحاب الرأى المؤيد لقياسا البصمة الوراثية على القافة:

أولا: الاستدلال بما جاء فى مغنى المحتاج: " فإن مات الولد قبل العرض على القاضي عرض عليه ميتا، لا أن تغير أو دفن، وأن مات مدعيه عرض على القاضي مع أبيه وأخيه ونحوه من سائر العصبة.

ثانيا: أن الحق كما يثبت بالبينات كذلك يثبت بالقرائن القاطعة والقرينة القاطعة هى التى تدل على المطلوب دون احتمال، على أن الشريعة الإسلامية ربما قبلت بناء الحكم فى بعض الصور على قرائن ليست مفيدة للقطع، أى أنها تحتمل الملول برجحان، وتحتمل ضده احتمالا مرجوحا، وذلك يفيد غلبة الظن. وغلبة الظن يجوز أن يبنى علها الحكم فى كثير من المسائل، ومنها مسألة ثبوت النسب لشخص مجهول النسب، ويقول الفقهاء أن القبول هنا "لأن الشارع متشوف إلى إثبات النسب".

ثالثا: أن فقهاء الشافعية والحنابلة قبلوا القيافة طريقا لاثبات النسب شرعا. والقائف أنما يتكلم عن حدس وتخمين وفراسة، ولا ينعدم احتمالى الخطأ فى حكمة مجال، بل قد يقول الشئ ثم يرجع عنه إذا رأى أشبه منه. وذلك لأن الصفات الظاهرة فى البشر قد تتشابه، وقد ينخدع القائف بالتشابه الظاهر، فيكون حكمه بإثبات الأبوة كاذبا. ومع هذا قبلوه طريقا شرعية "لتشوف الشارع إلى النسب" وقياس تقنية الهندسة الوراثية على القيافة قياس صحيح فى هذا الباب.

كما يروا أن تقنية الهندسة الوراثية أولى بالصحة والصدق، فينبغي أن تكون أرجح من القيافة، لأن نتيجة تقنية الهندسة الوراثية – إذا استعملت حسب الأصول المعتمدة عند أهلها، يكاد ينعدم فيها احتمال الخطأ، على ما أظهرته الأبحاث المقدمة.

رأى الباحثة:

نرى من وجهة النظرالراجحة لدينا أنه يحسب للرأى السابق تأييده فى الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب. هذا من وجهة ومن الوجهة الأخرى لا نتفق معه فى أخذه بإجراء قياس دليل القافة على دليل تحليل البصمة الوراثية وذلك للأسباب الآتية:

بداية لا يوجد وجه مقارنة بين الدليلين.

هناك تناقض بين أوجه القياس التى اتبعها الفقه السابق. وذلك ما الداعي لإجراء قياس البصمة الوراثية على القافة رغم رؤية أصحاب هذا الرأى لعمل القائف الذى يقوم على الحدث والتخمين والأوصاف الظاهرة عن البصمة الوراثية التى تقوم على نتائج قطعية والأوصاف الظاهرة والخفية.....وغيرها من الاختلافات.

القول بأن هناك شبه بين البصمة الوراثية والقافة. هذا القول غير صحيح؛ لأنه يتعارض مع نسب المولود من تأجير الأرحام لأن بناء على الرأى العلمي يمكن اتخاذ البصمة الوراثية كدليل بالشروط التى أوردناها. ولكن لا يمكن الأخذ بحكم القائف فى إثبات نسب المولود من تأجير الأرحام وذلك للأسباب التى سبق سردها التى منها كيف يمكن التسليم بالاعتماد على الحكم بالقافة فى انتماء مولود إلى شخص ما لمجرد أنه يشبهه فى الشكل.

وكذلك نرى أنه لا يوجد دليل شرعي قاطع على اتخاذ طريقة حكم القائف وسيلة من وسائل إثبات النسب. ونعتقد أنه ليس من المنطق أن نسلم بأن تثبت البنوة على أساس التخمين ولاحتمال وجود الخطأ فى حكمة وبالتالى لا يمكن قياس تقنية الهندسة الوراثية على القيافة.

"الراجح لدينا عند تأكد أهل الطب من نتائج الأبحاث العلمية فى مجال الهندسة الوراثية الخاصة بفاعلية تقنية البصمة الوراثية فى إثبات النسب

والحصول على نسبة من الصحة يكاد ينعدم معها احتمال الخطأ. فلا مانع من اتخاذها كطريقة أو دليل من أدلة أو طرق الإثبات التى اسردها لنا الشرع والقانون ولكن يبقى السؤال هنا، فما منزلة البصمة الوراثية بين طرق الإثبات (الفراش، والإقرار، البينة) نرى أن ترتيب دليل تحليل البصمة الوراثية ضمن باقي طرق الإثبات السابق ذكرها ياتى فى المرتبة الرابعة بعد البينة أى أنه يصبح ترتيب وسائل إثبات النسب بالترتيب كالاتى: الفراش — الإقرار — البينة — البصمة الوراثية.. ..

وعند التعارض يقدم عليها الفراش والبينة والإقرار لمصلحة الولد فى انتسابه إلى أب، وكذلك القرعة من باب أولى، وهذا ما ذهب اليه بعض الفقهاء المعاصرين[1].

وانطلاقا مما سبق يستفاد من قاعدة الولد للفراش أن المولود يستفيد من قرينة النسب للفراش[2]، عند تمسك الأم بالرحم وزوجها بالمولود استنادا على قاعدة الولد للفراش فى الوقت الذى تكون فيه البصمة الوراثية للأب البيولوجي والأم الجينية, ينسب الولد فى هذه الحالة إلى الأم بالرحم وزوجها ويدعم ثبوت النسب ناحية هذا الزوج هنا ولادة صاحبة الرحم؛ لذلك الطفل على فراش الزوجية, فتكتمل بذلك الشروط القانونية لثبوت النسب جهة زوج الأم بالرحم.

ولكن هل يصح للأب البيولوجي أن ينكر هذه البنوة؟ فيثبت أن هذا الولد المتولد من رحم المستأجر من مائه عن طريق استخدام تحليل البصمة الوراثية. وذلك استنادا إلى أن قرينة النسب للفراش هي قرينة ليست قاطعة؟ فأن استطاع صاحب النطفة أن يثبت عكسها بالشفرة الوراثية هل ينسب هذا الطفل اليه؟.

الراجح لدينا هو إنه إذا تعارضت البصمة الوراثية مع الفراش كسبب للنسب فأن الفراش يعلو عليها في الإثبات, وكذلك الإقرار والبينة وتطبيقا منا

(١) د/ محمد سليمان الاشقر. اثبات النسب بالبصمة الوراثية. السابق ص١٤ وما بعدها
(٢) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

على ذلك ينسب المولود إلى صاحب الفراش وهو زوج الأم بالرحم ولكن إذا أنكر نسبه فينسب إلى الأب البيولوجي. والله أعلى وأعلم.

المطلب الرابع

أراء العلماء فى نسب المولود من الرحم المستأجر

تمهيد وتقسيم:

بداية نريد أن ننوة إلى أن هناك مبدأ متفق عليه. وهو لا تلازم بين مشروعية الإنجاب عن طريق تأجير الأرحام أوعدم مشروعيته، ومسألة ثبوت النسب الناتج عن هذا الإنجاب؛ لذلك أختلفت الآراء ما بين مؤيد ومعارض.

ولاشك من أن النسب[1] فى الأحوال العادية يثبت من المرأة بالولادة أو الإقراربالبنوة.

---

(١) رؤية المشرع الوضعي إلى ما ذهب اليه فقهاؤنا القدماء حول ثبوت فراش الزوجية: النسب

- العدول عن مذهب الأحناف (وأجدرهذه الآراء بالاعتبار هو ما ذهب إليه الجمهور من ثبوت فراش الزوجية بالعقد بشرط إمكان الدخول ؛ وذلت أنه ليس من الإحتياط فى إثبات النسب ثبوته مع القطع بعدم إمكان الدخول، وقد حقق الكمال إبن الهمام أن تصور إمكان الدخول شرط لثبوت الفراش عند الحنفية، بدليل أن الصبي لا يثبت النسب منه ولو جاءت امرأته بالولد لستة أشهر فأكثر من حين العقد، إلا أنه ادعى أن تصور إمكان الدخول ثابت فى زواج المشرقي بمغربية، وهى دعوى لا يقبلها العقل ولا يؤيدها دليل واقعي).
فى هذه المسألة والأخذ بما ذهب إليه الجمهور،
- وسار على ذلك أيضاً مشروع قانون الأحوال الشخصية، فأنه وأن كان قد نص على أنه " يثبت نسب المولود فى أثناء قيام الزواج الصحيح إذا ولد لستة أشهر أو أكثر من تاريخ العقد "(م١٥٤/١)، إلا أنه أعاد ما قررته المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (م ١٥٧)

ربطة القوانين الوضعية قيدا على قاعدة الفراش الذي يثبت به نسب الوليد دون الحاجة إلى إقرار الزوج. فيجب أن تنسجم تلك القرينة مع واقعتي الحمل والولادة وإلا فلن يثبت النسب رغم وجود الفراش الصحيح.

- كما لو أثبت أنه عاجز جنسيا أو استحال التلاقي بينه وبين زوجته أو أن الزوجة أتت بالمولود في مدة أقل من المدة الدنيا للحمل من تاريخ العقد أو أتت به لأكثر من سنة من غيبة الزوج أو من وقت الطلاق أو الوفاة د/ بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص ١٩، د/ محمد حسن النجيمي، المرجع السابق، ٥٨٩.

وعليه فقد سار القانون الفرنسي على نفس نهج نظيره المصري .هذا ما يتعلق بفراش الزوجية، وأما فراش الأمة فلقد صنفه الأحناف إلى أربعة مراتب متدرجة بين الضعف والقوة :[1] فلا يثبت عندهم إلا بإدعاء سيدها نسب إبنها وصيرورتها أم ولد له الهداية
=

ويكفي لذلك شهادة امرأة واحدة, وهى ما تسمى "بالقابلة"(١) أما فى حالة الإنجاب بالأستعانه بأرحام أخريات تبدأ المشكلة من هنا ومرد ذلك الى النزاع في اعتبار من النسب لولد الزنا للزانى يثبت(٢) رغم عدم احترام المائين مطلقا سواء في حال الإنزال أو في حال الأستدخال، فمن باب أولي يثبت النسب للمولود من عمليات تأجير الأرحام وذلك لاحترام المائين الأنزال وحال الإستدخال" التخصيب.

ومع ذلك تتولد المشكلات من خلال الكتاب عن من يكون الأب, وكذلك الأم هل الأب صاحب الحيوان المنوي أو صاحب الفراش أو غير ذلك؟ وهل الأم هي صاحبة البويضة أو صاحبة الرحم والحمل والولادة أم غير ذلك؟ وفي هذه الحالة أيكون نسب الولد للمرأتين معاً أم لأحدهما؟ الأمر الذى يستدعى عرض آراء الفقهاء حيال ذلك مدعمين هذه الآراء بأدلة كل منهما. ولتوضيح ذلك يتطلب منا عرض الموقف إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر زوجة ثانية لصاحب النطفة الذكرية وفى حالة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر متزوجة, أو منفردة.

=

جـ٢ ص٥١ – ٥٢، نهاية المحتاج، جـ٧ ص١٦٠ – ١٦١، الموافق بهامش الخطاب، جـ٤ ص١٦٩، الفروع لإبن مفلح، جـ٣ ص٢٩٦ – ٢٩٧، نيل الأوطار، جـ٦ ص٢٨٠، فبذلك يثبت فراشها حتى لو أتت بولد بعد ذلك ثبت نسبه من غير دعوى، لكن ينتفى نسبه بمجرد النفى؛ وذلك لأن فراشها ضعيف حتى يمكن نقله بالتزويج.

- وذهب جمهور الفقهاء فيما عدا الأحناف إلى أن الأمة تصير فراشاً لسيدها بمجرد وطئة لها، فمتى أقر بوطء أمته يثبت نسب ولدها الذى تأتى به بمد ستة أشهر أو أكثر من ذلك الوطء فأنه لا يثبت نسب ولدها الذى تأتى به بمد ستة أشهر أو أكثر من الإستبراء - ويشهد للجمهور حديث أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها فى ولد زمعة، فأن أمه كانت أمة وألحق النبى ﷺ ولدها بسيدها من غير أن يسأل هل أقر به أو لا؛ وتأويل الحديث على أن قوله: "هو ل ياعبد إبن زمعة" ليس معناها هو ملك لك، إذ لا يتفق مع قوله بعد ذلك: "الولد للفراش"، - وقد روى الحديث بلفظ: "هو أخوك ياعبد بن زمعة"، وقد روى الشافعى رضى الله عنه عن إبن عمر أن النبى ﷺ قال: "لا تأتينى وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها إلا ألحقت به ولدها".

(١) المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك – واصل علاء الدين أحمد ابراهيم: المرجع السابق ص ٥٤٥.

(٢) المغني ج٧ ص١٢٩ وما بعدها بمجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن ج٣٢ ص١٣٩

الحالة الأولى: إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر زوجة ثانية لصاحب النطفة الذكرية:

يقل حجم المشكلة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر زوجة أخرى لصاحب النطفة الذكرية ؛ لأنه في هذه الحالة أصبح هو الأب الشرعي للمولود قطعاً ؛ لأن النطفة المستخدمة في التلقيح في نطفته فالولد من صلبه قطعاً ؛ لأنه هو صاحب الفراش الذي ولد فيه الولد. وهذا القياس على قول النبي - ﷺ - : (الولد للفراش)[1]. هذا ما ذهب اليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة.

الحالة الثانية: إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر متزوجة:

الرأى الأول:

إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر امرأة ذات زوج فإن نسب المولود يثبت لزوجها ولا يتبع صاحب النطفة.

أدلة الرأى الأول:

قول النبي- ﷺ- "الولد للفراش وللعاهر الحجر" والأحكام الشرعية مبناها علي الظاهر.

الرأى الثاني:

أن المولود ينسب إلى زوج صاحبة البويضة التي لقحت بنطفته وتثبت له الحقوق المترتبة علي ثبوت النسب ولا ينسب إلى زوج صاحبة الرحم المستأجر.

---

(١) أما بالنسبة لزوجة الاخري " الضرة " إذا حملت بالأنابة عن صاحبة البيضة أى الزوجة الأخري " الضرة " لزوجها، فأنها أولي بالحكم من الصورة السابقة، وهي حالة حمل الأجنبية بالأنابة، وغن كأن مجلس مجمع الفقة الاسلامي بمكة المكرمة قد أجازها فى دورته السابعة بناء علي حالة الضرورة، وأثبت النسب فيها لصاحبة البيضة وجعل ىالزوجة الاخري " الضرة " المتطوعه بالحمل عن ضرتها في حكم الام من الرضاعة للمولود لأنه أكسب من جسمها وعضويتها اكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته، إلا أنه قد عاد ورجع عن هذا الحكم في الدورة الثامنة لا لامر فيه ولكن لغيره وهو الخوف من فتنة اختلاط الأنساب، معني ذلك أنه لو تبين التيقن بوضع ضوابط معينة من عدم اختلاط الأنساب هنا من ناحية الام، لأن الحيوان المنوي لا خلاف في ثبوت النسب لصاحبه وهو الزوج في هذه الحالة، أنما الخوف من أن تفسد البيضة المخصبة ويتم حمل الزوجة المتطوعة عن طريق بيضة تفرز من مبيضها ثم بعد ذلك تدار امشاكل حول من ينسب ليه الولد من ناحية الام فلو تم التيقن من عد حدوث ماسبق فأن الولد ينسب إلي أمه صاحبة البيضة قطعا والواضح أن مجلس مجمع الفقه الاسلامي قد ربط بين القضيتين قضية جواز الحمل عن طريق الرحم البديل أو عدم جوازه وقضيه ثبوت النسب مع أنه لا لازم بينهما.

أدلة الرأى الثانى:

استدل أصحابه على أن الجنين قد تكون من بويضة امرأة وماء رجل بينهما نكاح شرعي صحيح, وكون هذه العملية محرمة لا يؤثر في نسبة الولد إلى أبويه ؛ لأن التحريم قد عرض بعد الانعقاد بسبب استعمال رحم المرأة المتبرعة استعمالاً غير مأذون فيه شرعاً وعلي ذلك فالتحريم لم يدخل في أصل تكوين الجنين بل من طريق تغذيته التي نتج عنها نماؤه وتكامله, فهو أشبه ما يكون بطفل غذاه أبواه من حرام حتى كبر فهما آثمان بذلك لكن هذا لا يقطع عنهما نسب ابنهما. ويبنى على هذا الرأي أن الزوج المذكور لا يربطه بالمرأة صاحبة الرحم المستأجر أي سبب من أسباب ثبوت النسب لجهة الأب وهي ثلاثة : الزواج صحيحاً كان أو فاسداً أو وطء الشبهة أو المخالطة المبنية علي ملك اليمين.

الحالة الثالثة: إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر منفردة

يرى بعض الباحثين المعاصرين أنه إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر غير متزوجة فأن الولد ينسب لزوج صاحبة البويضة المخصبة وتثبت له كل الحقوق المترتبة علي ثبوت النسب وكل صلات القرابة وما يترتب علي ذلك من المحرمية الثابتة بهذه القرابات.

أدلة أصحاب هذا الرأى:

أولا : التخريج علي ما أفتى به فريق من العلماء من صحة نسب ولد الزاني إلى الزاني إذا كانت الزانية غير متزوجة. قالوا : بل ثبوته هنا أولى ؛ وذلك لاحترام المائين حال الأنزال وحال التخصيب.

ثانيا : التخريج علي ما قاله بعض العلماء من أن النسب يشترط فيه المشروعية أثناء إنزال المني ولا يشترط فيه المشروعية أثناء إدخاله في المرأة.

يقول الإمام شمس الدين الرملي أثناء كلامه عن أم الولد الجارية التي جامعها سيدها فحملت وولدت "لو إستدخلت منى سيدها المحترم فإنها لا تصير أم ولد لانتفاء ملكه لها حال علوقها, وإن ثبت نسب الولد وما بعده وورث منه لكون المني محترما ولا يعتبر كونه محترما حال استدخاله.

خلاقا لبعضهم فقد صرح بعضهم بأنه لو أنزل في زوجته فساحقة بنته فحبلت منه لحقه الولد. وكذا لو مسح ذكره بحجر بعد إنزاله في زوجته فمسحت به أجنبية فحبلت منه".

وفي الصورة التي نتكلم عنها كان أنزال المني مشروعاً ؛ لأنه كان بين رجل وامرأة تربطهما علاقة زوجية صحيحة. فالبويضة من المرأة ملقحة من زوجها وتلقيح البويضة من الزوج لا يعد من جملة المحرمات وإنما عدم المشروعية هو في استخدام رحم الغير. فعدم المشروعية متعلق بإدخال البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى. ولا يشترط لثبوت النسب المشروعية أثناء الإدخال كما تقدم فيما روى عن الرملي – رحمه الله – .

تقييم الباحثه

نرى من جانبنا لا خلاف على نسب المولود إلى صاحب النطفة الذكرية (الأب البيولوجي) فى حالة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر الحاملة لنطفة ضرتها الأنثوية زوجة أخرى له. وهذا تطبيق للقاعدة الفقهية (الولد للفراش).

لا نؤيد الرأى القائل فى حالة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر ذات زوج ينسب المولود إلى زوج صاحبة البييضة أى (الأب البيولوجي) المتكون منه الجنين لأننا لا نرى وجاهة فى الأسباب التى ذكروها ونضيف على ذلك أن لو أنكر زوج صاحبة الرحم المستأجر نسب المولود مستندا ومستوفيا الشروط القانونية حيال ذلك وادعاه صاحب النطفة الذكرية المخصب بها المولود أى الأب الجينى ينسب له المولود

العلة فى اختيارنا أنه فى الغالب تكون مصلحة الطفل منصرفة إلى ابقائه مع أب غنى مقتدر ماديا وهذا لا يتوافر فى رجل وافق أن يؤجر رحم زوجته احتياجا للمال حتى ولو أنكر الأب البيولوجي نسب الولد أورفض استلام المولود ينسب الطفل اليه قضائيا ولكن فى حالة إقرار زوج صاحبة الرحم المستأجر ببنوة المولود ينسب إليه الطفل.

ويمكن قياس حالة تنازع الزاني وصاحب الفراش. وهو مذهب عروة وسليمان بن يسار وإسحاق بن راهويه ورجحه ابن القيم[1]. على التنازع الحاصل

---

(١) زاد المعاد ٤/ ١١٩.

عند حدوث الخلاف على نسب المولود بين الأب البيولوجي وزوج صاحبة الرحم المستأجر.

ولأن نسب هذا الطفل إلى الأب البيولوجي حينئذ أولى من عدم انتمائه لأب أصلاً, لاسيما لو نفي زوج صاحبة الرحم المستأجر نسب الطفل إليه, فلا يحدث خلاف بينه وبين الأب البيولوجي حين ننسب ذلك الطفل إلى الأب البيولوجي. وبهذا تسليما للقواعد الفقهية والتي منها :

١- (الولد للفراش)

٢.- (إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفها)[١].

٣- (يختار أهون الشرين)[٢].

٤- أما إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر منفردة أى غير متزوجة, فالأمر هنا يختلف, فنرى أنه من الضروري أن ينسب الطفل إلى الأب البيولوجي صاحب النطف وتثبت له كل الحقوق المترتبة علي ثبوت النسب وكل صلات القرابة, وما يترتب علي ذلك من المحرمية الثابتة بهذه القرابات.وهذا ما ذهب اليه الرأى السابق ونحن نؤيده مع تحفظنا بأن الفراش هنا ليس المقصود منه هو فراش الزوجية ولكن المكان الذى اجتمعت فتة النطف للتخصيب المعملى لتكوين نطفة الأمشاج, وبالتالى يعتبر هذا المكان الفراش الذى نسب اليه, المولود نسبة لأبيه البيولوجي مع مراعاة توافر احترام المائيين وقت الأنزال.

ونزيد على أدلته المؤدية إلى هذا الرأى ما جاء فى مغنى المحتاج[٣] : أثناء كلامه عن حكم ما لو وطئت زوجته بشبهة – من أجنبى له رأيان حول هذه المسألة.

١- يعرض على القائف ليلحقه بأيهما – أى الزوج أو الواطئ بشبهة

٢- يلحق بالزوج لقوة فراشه ، وعلى الرأى الأول لو اتفق الزوجان والواطئ على إلحاقه بأحدهما لا يجوز ؛ لأن النسب من حق المولود فلا يلحق

---

(١) شرح القواعد الفقهية ص ١٤٧ للشيخ أحمد الزرقاء – طبعة دار الغرب الإسلامي – الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣م.
(٢) المرجع السابق ص ١٤٩.
(٣) مغنى المحتاج ج٤ ص٤٩٠.

بإتفاقهما، فقال: " وعلى الأول لابد من إقامة بينة على الوطء، ولا يكفى اتفاق الزوجين والواطئ عليه، لأن للمولود حقا فى النسب، واتفاقهما ليس بحجة عليه

ويستفاد مما سبق:

نسبة ولد الزاني إلى الزاني إذا كانت الزانية غير متزوجة, فلو ولد طفل من زوجين فدعاه آخر لا يجوز إلحاقه به[1].

لأن الولد لصاحب الفرش استناداً إلى ما ورد من قول الرسول الكريم- ﷺ - : (الولد للفراش وللعاهر الحجر)[2].

لكن لو كان الطفل من زنا علي غير فراش أي بامرأة غير متزوجة, فجمهور العلماء أي غالبيتهم يرون أيضا عدم جواز إلحاق ولد الزنا في هذه الصورة بالزاني, ويرى فريق آخر من العلماء غير هذا الرأي فقال الحسن البصري : يلحق بالزاني إذا أقيم عليه الحد ويرثه. وقال إبراهيم النخعي : يلحق بأحد أمرين : إذا أقيم عليه الحد أو ملك الموطوءة بالزواج أو ملك اليمين[3].

وذهب إسحاق بن راهويه إلى أن الولد من الزنا إذا لم يكن مولوداً علي فراش يدعيه صاحبه وادعاء الزاني ألحق به وأول قول النبي - ﷺ- (الولد للفراش) علي أنه حكم بذلك عند تنازل الزاني وصاحب الفراش.

قال ابن القيم : (وهذا مذهب عروة بن الزبير وسليمان بن يسارقالا : أيما رجل أتى بغلام يزعم أنه ابن له وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه واحتج سليمان بن يسار بأن عمر بن الخطاب كان يلحق أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام وروى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال: لا أرى بأسا إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستر عليها والولد ولد له[4].

---

(١) المغنى والشرح الكبير ١٣٠/٧.
(٢) صحيح البخاري ٢٩٢/٤ كتاب البيوع – باب تفسير المشبهات الحديث رقم ٢٠٥٣ صحيح مسلم ١٠٨٠/٢ كتاب الرضاع باب الولد للفراش الحديث رقم ١٤٥٧.
(٣) المغنى ١٢٩/٧.
(٤) زاد المعاد ١٥٤/٤.

ويرجع ابن القيم المذهب المخالف للجمهور ويقول: وهذا المذهب كما ترى قوة ووضوحاً, ثم بين أبن القيم أن القياس يقتضى صحة هذا الرأي القائل بإلحاق ولد الزنا بمن يدعيه إذا ولد علي غير فراش وذلك لأن الأب أحد الزانيين فالزنا حادث من رجل وامرأة, وإذا كان الطفل يلحق بالمرأة وتكون أما له وينسب إليه وترثه ويرثها ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به, وقد وجد الطفل من الزانيين وقد اشتركا فيه وأتفقا علي أنه ابنهما فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدع غير الأب هذا الطفل؟[1].

ونرى أنه بناء على رأى العلماء السابقين- رحمهم الله - بلحوق ولد الزنا بمن يدعيه إذا لم يكن مولوداً علي فراش يدعيه صاحبه فأننا نقول تخريجاً علي هذا الحكم بلحوق الطفل الذي ولد بطريقة تأجير الأرحام بصاحب النطفة الذكرية الذي لقحت به البييضة التي وضعت في رحم امرأة ليست صاحبة البييضة إذا لم يدعيه زوج صاحبة الرحم أى صاحب فراشها, أما بالنسبة لجهة الأم فإلى من ينسب, مما أدى إلى أختلاف العلماء وتعدد آرائهم الأمر الذى أدى إلى ضرورة عرض أراء العلماء فى نسب المولود من هذه العلاقة هل ينسب إلى الأم بالرحم أم إلى الأم الجينية؟

الفرع الأول

في نسب المولود من جهة الأم

أولا ـ مدى إمكانية نسب المولود إلى المرأة صاحبة الرحم المستأجر:

يرى أصحاب هذا الرأى[2] الولد الناتج من عملية الرحم المستأجر سينسب إلى صاحبة الرحم المستأجر لا إلى صاحبة البويضة المخصبة, وستترتب له كل أحكام الولد بالنسبة لأمه والأم بالنسبة لولدها.

الأدلة التى بنى عليها أصحاب الرأى المؤيد لثبوت نسب المولد إلى الأم التى حملته:

١- الأم التي أعطت البويضة تفتقر لمعانى الأمومة بينما الأخرى هي التي عانت مشاق الحمل والولادة وأن جوهر الأمومة البذل والعطاء وأن الأم في

---

(١) زاد المعاد ٤/ ١١٩.

(٢) (د/ أحمد شوقي – الإنجاب في ضوء الاسلام ص٢٢٠ – وفي نفس المرجع د/زكريا البري ص٢١٨ د/ محمد علي البار طفل الأنبوب ص١٦١ د/ أمنية الجابر المرجع السابق ص٢٠.

القرآن الكريم هي التي ولدت. وأنه متى حملت المرأة ذات زوج وولدت يكون النسب لها ولزوجها أياً كان مصدر الحمل سواء تلقيح صناعي أو زرع جنين أو غصب أو زنا باعتبار أن الولد للفراش[1].

٢- ويستدل ذلك من آيات الذكر الحكيم حيث سماها الله والدة وجعلها أحق برضاع وليدها من الأجنبية[2]، لأنها ولاشك ستكون أحنى وأرق وأنتزاع الولد منها يكون إضراراً شديداً بهما علي السواء[3].

٣- الآيات القرآنية الكريمة الدالة بوضوح علي أن الأم هي التي تحمل وتلد وأن التخليق يكون في بطن الأم وذلك بصريح النص وبالتالي فأنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة النص فينسب الولد التي حملت ووضعت ولزوجها وليس لصاحبة البييضة من تلك الآيات ما يأتي:

- قوله تعالى: [وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لا تَعْلَمُونَ شَيْئاً][4].

وجه الدلالة:

الآية تدل علي أن التي ولدت وخرج منها الجنين وهي التي تسمي أما بصريح النص.

- وقوله تعالى: [وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْناً عَلَى وَهْنٍ][5].
- وقوله تعالي: [يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقاً مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ][6]

وجه الدلالة:

الآية تدل علي أن الإنسان أول خلقه في بطن أمه، حيث يكون نطفة أولا ثم يكون علقة، ثم يكون مضغة، ثم يخلق فيكون لحما وعظما وعصبا وعروقا وينفخ فيها الروح فيصير خلقا آخر، ويكون في ظلمات ثلاث، أي في ظلمة الرحم، وظلمة المشيمة التي هي كالغشاوة والوقاية علي الولد، وظلمة

---

(١) د. محمد مرسي زهره: المرجع السابق ص ٥٢٤ المراجع المشار إليها بالهامش.
(٢) د/ عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص ٢٧٦.
(٣) تفسير القرطبي، ج١، ص ١٠٧٢.
(٤) النحل: آية ٧٨.
(٥) لقمان: آية ١٤.
(٦) سورة الزمر من الاية ٦

البطن، كذا قال ابن عباس – رضي الله عنهما – ومجاهد وعكرمة وأبو مالك والضحاك وقتادة والدي وابن زيد(١).

- وقوله تعالي: [وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَاناً حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهاً وَوَضَعَتْهُ كُرْهاً](٢)

وجه الدلالة:

إن الله يأمرنا بالإحسان إلي الوالدين، والحنو عليهما وخص الأم بزيادة فضلها لما قاسته بسببنا في حال الحمل من مشقة وتعب في حال الطلق والولادة(٣).

- وقوله تعالى: (وإذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم)(٤).

وجه الدلالة:

إن الآيات تدل علي أن التي ولدت وكان في بطنها الجنين هي التي تسمى أما وإليها ينسب الطفل(٥). كما أن الله عز شأنه – يخبرنا بأنه أعلم بنا، ونحن في بطون أمهاتنا، فيكتب الملك الموكل بالجنين رزقه وأجله وعمله وشقي أو سعيد؟ فالتي في بطنها الجنين سماها أما(٦).

- وقوله تعالي: " الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتم إن أمهاتهن إلا اللائى ولدنهم وأنهم ليقولون منكراً من القول وزورا وأن الله لعفو غفور.. (٧)".

وجه الدلالة:

إن الله تعالي صرح بأن الأم هي التي ولدت, وسلك إلي ذلك أقوي طرق القصر وهي النفي والإثبات، فنفي الأمومة عن التي لم تلد الولد، وأثبتها التي ولدت بمعني أن التي لم تلد حتى لو كانت منها البيضة لا تسمي أما، أنما الأم هي التي ولدت, فهذا الأسلوب جازم حاصر للمواد بالأمومية، فلا أم في

---

(١) تفسير ابن كثيرج٤ ص٤٦

(٢) سورة الاحقاف من الاية ١٥

(٣) ابن كثيرج٤ ص١٥٧

(٤) النجم: آية ٣٢.

(٥) تفسير ابن كثير ١٥٧/٤.

(٦) ابن كثيرج٤ ص٢٥٧

(٧) سورة المجادلة الاية ٢

حكم القرآن إلا التي ولدت، كما أن اللفظ عام فيشملها – علي أسوأ تقدير – وكما يقول الأصوليون " العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب"[1]. أي أنه ينفي الأمومة عن التي لم تلد الولد[2].

إن هذه الآية جاءت في سياق الرد علي المظاهرين. والمظاهر يقول لزوجته: " أنت علي كظهر أمي "، فيدعي بهذه الكلمة أن زوجته أصبحت أما له ويحرمها علي نفسه بناءً علي هذه الكلمة فجاء الرد من الله - عز وجل - بما يفيد أن زوجاتكم لسن أمهاتكم وأنما أمهاتكم هن اللاتي ولدنكم. فهذا النص الكريم يمكن أن يفهم علي أنه من باب القصر الإضافي وليس قصرا حقيقياً والقصر الإضافي لا يفيد النفي في الحقيقة عن ما عدا المقصور عليه.

أ – إن هذه الآية وأن أفادت أن المظاهر منها ليست أما إلا أنها أفادت أن الأم هي التي ولدت وكما يقول الأصوليون: فإن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب[3].

---

(١) ابن كثير ج٤ ص٣٢١ تهذيب الفروق ج١ ص١١٤ القواعد للاسم / علاء الدين علي بن علي البلعلي المعروف بابن اللحام ص٣٠٧ قاعدة ٦١ – ط٦١ – - ١٩٩٤م) تحقيق / أيمن صالح شعبان (والتعبير الذي اختاره القرآن الكريم ليكون جامعا مأنعا هو ما يعرفه علماء اللغة بأسلوب الحصر وهو في معرض التشنيع علي المزورين علي مقام الأمومة (أن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم).
وإذا تأملنا في هذا التعريف لأذهلك أن رب العباد قد إستعمل كلمة (أن) التي هي بمعنى (ما) النافية – سلطها علي كلمة (أمهات) فنفتها نفيا عأما شاملا ثم ذكر كلمة (إلا) وهي أداء استثناء من هذا النفي ليأتي ما بعدها اسم موصول محدد بصلته لا يخرج عن إطارها (اللاتي ولدنهم).
وبهذا يكون معنى الجملة في النهاية أنه لا يكون لواحد منا أم حقيقية بهذا الإطلاق إلا هذه الأم التي ولدت- ومفهوم هذا المعنى: أن التي لا تلد لا تسمى أما بحال من الأحوال علي هذا المعنى الحقيقي. فما أبسط هذه العبارة وما أوضح دلالتها علي معناها بحيث يفهمها المتعلم بطريقته ويفهمها العامي بفطرته.)

(٢) د. محمد علي البار المرجع السابق ص ٦٧ و١٨٣، الشيخ علي الطنطاوي ص ٤٨٨ و٤٩٠ والشيخ بدر المنول عبد الباسط ص ٤٨٣ و٤٨٧ ورأي الدكتور زكريا البري ص ١٦٧ و١٧٠.
ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المرجع السابق

(٣) القواعد لابن اللحام ص ٣٠٧ القاعدة ٦١ – طبعة دار الحديث الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤م

ب – إن محل النزاع أنما هو في الأم الحقيقية التي ينسب إليها الطفل ولم يقل أحد بأن الأم من الرضاع أم حقيقية، بدليل أنها لا ترث من الرضيع ولا يرث منها، وبدليل أنها لا تنفي صفة الأمومة عن أمه التي ولدته وأنما لها مكانة الأم في التكريم وتحريم الزواج فقط ولا إرث ولا نسب بينهما.

وكذلك أمهات المؤمنين، إنما هن أمهات في التكريم وتحريم الزواج فقط، بدليل أنه لا توارث بيننا وبينهن ويحرم علينا الخلوة بهن بل والنظر إليهن.

فمحل النزاع هنا: من الأم التي ينسب إليها الطفل؟ وقد حسم القرآن هذا النزاع بأسلوب الحصر الذي أتى لبيان الأم الحقيقية وهي التي ولدت ووضعت.

ـ ونوقش هذا الدليل بما يأتي.

أن التي حملت وولدت وإن سماها الله تعالي أما فأن هذا لا ينفي أن تسمي غير التي حملت وولدت أما أيضا، كالأم من الرضاع فهي وإن لم تحمل ولم تلد إلا أن - الله تعالي- سماها أما في

قوله تعالي: [وَأُمَّهَاتُكُمْ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ...][1].

وكذلك أمهات المؤمنين، أمهات في الحرمة فقط، في الحقيقة ورغم ذلك سماهن أمهات.

- إن الله تعالي وأن سمي غير التي تلد أما، أن التي حملت وولدت سماها الله والدة، وجعلها أحق برضاع ولدها عن الأم الأجنبية لأنها أحني أرق، وأنتزاع الولد الصغير منها إضرار به وبها"[2] إلا أنه لم ينف عن التي حملت وولدت صفة الأمومة الحقيقية، بل أثبتها لها بأسلوب يدل علي تخصيصها بها وذلك في الآيات التالية: وقوله تعالي: لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا][3].

وجه الدلالة:

إن الأم والوالدة مترادفان، والوالدة اسم فاعل من ولد يلد، فكيف تكون والدته حقيقة ولا تكون أما شرعا؟ ومعلوم أن الحقيقة مقدمة علي المجاز

---

(١) سورة النساء من الاية ٢٣

(٢) القرطبي ج١ ص١٠٧٢

(٣) سورة البقرة من الاية ٢٢٣

والوالدة حقيقية هي التي ولدت فكيف سماه الله ولدها[1]، ويقرر المجتمع أنه غير ولدها، وأن أم الحقيقية التي ترثه ويرثها هي المرأة الآخرى التي لم تلده وهي صاحبه البيضة[2].

أما القول بأن الله تعالي – قصر الأمومة في آية (٢) من سورة المجادلة علي التي ولدت فقط فغير مسلم، لأن القصر هنا إضافي وليس قصراً حقيقياً.

فالقصر عند علماء البلاغة ينقسم إلي قصر حقيقي وقصر إضافي، وذلك باعتبار غرض المتكلم[3].

وبالتطبيق علي الدليل السابق يتضح أن القصر هنا قصر إضافي: لأن الغرض من القصر تخصيص الأم بالولادة وقصرها عليها، بحيث لا تتعداها إلي شيء معين بالذات، هو المظاهر منها، أى أن لها صفة الولادة لا صفة الظهار، وهذا لا ينافي أن لها صفات أخري غير الولادة فمن ترضع تسمى أما، ومن تؤخذ منها البيضة تسمى أما – في أطار أدلة وضوابط ثبوت النسب – ومن تحمل تلك البيضة المخصبة في رحمها تسمى أما، وهكذا فالقصر هنا قصر إضافي

---

(١) (الشيخ/ علي طنطاوي أراء التلقيح ص٤٨٩ وما بعدها بحيث منشور في ندوة الإنجاب في ضوء الاسلام).

(٢) المرجع السابق.

(٣) (الاستاذ / حامد عوني – المنهاج االواضح في البلاغة ص١١٠ وما بعدها نشر مكتبة الجامعة الازهرية طبعة رؤابعة (١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م)

ومثال القصر الحقيقي: قولك: ما شوقي إلا شاعر، فان الغرض تخصيص شوقي بالشعر وقصره عليه بحيث لا يتعداه إلى شئ معين بالذات كالكتابة مثلا أي أن له صفة الشعر لا صفة الكتابة، وهذا لا ينافي أن له صفات أخرى كالخطابة والتجارة مثلا.. الخ.

والآية الكريمة التي معنا القصر فيها إضافي بدليل أن هناك نوعاً آخر من الأمهات وهو المرضعات وأمهات المؤمنين.

ويمكن الرد علي هذه المناقشة بما يلي: فالحقيقي: أن يختص المقصور بالمقصور عليه في الحقيقة والواقع، بألا يتجاوز المقصور المقصور عليه إلي غيره أصلا، نحو ما خاتم الأنبياء والمرسلين إلا محمد " فأن الغرض: تخصيص ختمهما بمحمد – عليه الصلاة والسلام – وقصره عليه، بحيث لا يتعداه إلي غيره أصلا. - ما الإضافي: فهو أن يختص المقصور بالمقصور عليه بالنسبة إلي شئ آخر معين أي بالاضافة إليه بألا يتجاوز المقصور المقصور عليه إلي ذلك الشيء المعين، وأن أمكن أن يتجاوزه إلي غيره،

بالنسبة للظاهر منها فقط أي بالإضافة إليها، وهذا القصر ورد ردا لاعتقاد المخاطب فلا ينتقي إلا ماكان معتقداً له لا لكل صفة من الصفات.

ثانيا ـ مدى إمكانية نسب المولود إلى المرأة صاحبة البويضة:

انقسم رأى الباحثين فى هذه المسألة إلى ثلاثة آراء:

الرأى الأول:

أن المرأة صاحبة البويضة وإن لم تكن أمه شرعاً فأنها ليست بأجنبية عنه بل هي بمثابة الأم من الرضاع.

وذلك لأن علة التحريم في الرضاع هي: الجزئية أو شبهتها – كما هو مقرر عند الحنفية – فأقل ما يقال: أن هذا الوليد فيه جزئية من صاحبة البويضة توجب حرمة الرضاعة.

وممن أيد هذا الرأي: مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة بمكة المكرمة عام ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤م.

الرأى الثانى

يرى أصحاب هذا الرأى إلى أنه لا اعتبار للعلاقة بين الولد وبين المرأة صاحبة البويضة وعملها هدر لا تترتب عليه أحكام. ويتأكد هذا بأن حرمة الزواج بالنساء تحريماً مؤبداً يكون لأحد ألاسباب الأتية:

القرابة أو النسب أو المصاهرة أو الرضاع كما هو مقرر في مذهب الشافعية ومشهور مذهب المالكية فالبنوة التي تبنى عليها الأحكام هي البنوة الشرعية وهي منتفية في الحالة السابقة.

نرى من جانبنا أن هذا غير صحيح؛ لأنها حاملة للصفات الوراثية. الفكرة ليست فى تغذية الدم لأن التبرع به لا يثبت الحرمة. وممن ذهب إلى هذا الرأي: الشيخ بدر المتولي عبد الباسط – رحمه الله تعالى – ومما يقول في ذلك: "ألا ترى أن امرأة ما لو غذت طفلاً رضيعاً بدمها بالطرق المعروفة الآن هل يثبت بين صاحبة الدم وبين هذا الطفل حرمة الرضاع؟ والذي أقطع به: أن هذه المرأة لا تتجاوز أن تكون زوجة أب هذا الطفل. أما ما وراء ذلك من تعلق حرمة الرضاع بها بأصولها وفروعها وحواشيها فأمر موهوم أكثر مما هو متوقع ".

الرأى الثالث:

ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أن النسب في حالة الرحم المستأجر يثبت لصاحبة البويضة المخصبة. وإلى هذا ذهب القائلون بجواز الحمل عن طرق الرحم المستأجر ووافقهم في ذلك القائلون بجوازه في صورة الضرة."(١)

الأدلة التى استند إليها أصحاب هذا الفريق:-

- اهتم القرآن الكريم بالعوامل البيولوجية كأساس لثبوت النسب(٢)، حيث ذكر في أكثر من موضوع أن الأصل في الإنسان النطفة وأنها أساس تكوينه، وهي المسماة بالنطفة الأمشاج(٣)، وهكذا كما سبق ونظرا لأهمية النطفة علي النحو السابق، ذكرها الله – تعالي- في كتابه في اثنى عشر موضعا، وذلك في الآيات التالية :-

قوله تعالي : [خَلَقَ الإِنسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ](٤)، وقوله تعالي : [أَكَفَرْتَ بِالَّذِي خَلَقَكَ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ سَوَّاكَ رَجُلاً](٥)، وقوله تعالي : [فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ](٦)، وقوله تعالى: [ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ](٧).

---

(١) د/ نعيم ياسين – الإنجاب في ضوء الاسلام ص١٣٠، ٢١٩ د/ عبد الحافظ حلمي – الإنجاب في ضوء الاسلام ص٢٢٣، ٢٣١، د/ محمد علي البار طفل الأنبوب ص٦٨ د/ عبد الحميد عثمان – روح القوانين ص٧٥.

(٢) تبدأ بالعمل الجاد والأنشطار منذ لحظة تخصيبها، أى أن الخلية تصبح خليتين والخليتين أربع.. علقة وتنمو العلقة عن طريق امتصاص الغذاء من البرك الدموية الرحمية وفي هذه الفرة يكون الإتصال بين دماء الام وخلايا التغذية في الجنين اتصالا مباشرا، وتتغذي الكرة الجرثومية من هذه الماء، كما أنها تتغذي بإفرازتها الغدد الرحمية التي يبلغ عددها ١٥٠٠٠ غدة رحمية تفرز جميعها. مايسمى بلبن الرحم الذى تتغذي عليه العلقة وتتطور العلقة بعد ذلك الي مضغة

(٣) د/ محمد علي البار – خلق الأنسان بين الطب والقرآن ص١٩٨ وما بعدها ط ثالثة سنة ١٩٨١

(٤) سورة النحل الاية ٤

(٥) سورة الكهف من الاية ٣٧

(٦) سورة الحج من الاية ٥

(٧) سورة المؤمنون الاية ١٣

وقوله تعالي: " ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَاماً فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْماً ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقاً آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ "[1].

وقوله تعالي: [وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ][2].

وقوله تعالي: [أَوَلَمْ يَرَ الإِنسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ][3].

وقوله تعالي: [هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ][4].

وقوله تعالي: [وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالأُنْثَى (٤٥) مِنْ نُطْفَةٍ إِذَا تُمْنَى][5].

وقوله تعالي: [أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَى][6].

وقوله تعالي: [إِنَّا خَلَقْنَا الإِنسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعاً بَصِيراً][7].

وقوله تعالي: [مِنْ أَيِّ شَيْءٍ خَلَقَهُ ❖ مِنْ نُطْفَةٍ خَلَقَهُ فَقَدَّرَهُ][8].

فهذه الآيات تدل علي أن الإنسان خلق من نطفة أى بيضة ملقحة بماء يخرج من بين الصلب والترائب، ونقل بعدها أطوار إلي أن ولد ونشأ[9] مما يدل علي أن الولد ينسب لصاحبة البيضة التى خصبت بماء زوجها وفقا للحقيقة البيولوجية التى ذكرها القرآن الكريم[10].

- التلقيح الخارجي يتم عن طريق أخذ حيوان منوي من الرجل وبويضة من المرأة وتلقيحها خارجياً في أنبوب بوسيلة طبية معينة ويكون النسب للأب والأم والتلقيح بأخذ بيضة الأم وتلقيحها بماء الرجل ثم زرعها في رحم أخرى لا يفترق عن التلقيح في أنبوب إذا اعتبرنا أن رحم الأم المستعارة مجرد

---

(١) سورة المؤمنون الاية ١٤
(٢) سورة فاطر من الاية ١١
(٣) سورة يس الاية ٧٧
(٤) سورة غافر من الاية ٦٧
(٥) سورة النجم الايتان ٤٥، ٤٦
(٦) سورة القيامة الاية ٣٧
(٧) سورة الأنسان الاية ٢
(٨) سورة عبس الايتان ١٨، ١٩
(٩) الجامع لأحكام القرآن للقراطي ج٥ ص٣٧٩٢
(١٠) د/ محمد المرسي زهرة – الإنجاب الصناعي ص٥٢٢ وما بعدها

أنبوب. أليس القول بأن النتيجة واحدة فالبويضة من الأم والماء من الأب كيف؟ ما كان لينمو[١].

- المرأة صاحبة الرحم لا تعطي الطفل إلا الغذاء ولا يستفيد منها سوى ذلك ولا تعطيه لأي صفة وراثية[٢] حيث أن البويضة المخصبة خارج الرحم لا تتأثر عند نقلها إلى رحم الزوجة الثانية بالعوامل الوراثية للأخيرة.

- النسب للأم صاحبة البويضة مهما كانت الأم ومهما أرضعت المرضع[٣]. الجنين يتكون من البيضة المنقولة من الأم الحقيقية التي أعطت البيضة التي تحمل جميع الخصائص والصفات الوراثية التي أودعت في رحمها وانتقلت إلى الجنين, فالأم التي حملت هي حاضنة وتعامل علي أنها مرضعة, لأن الجنين تغذى بدمائها واحتضن برحمها وربي في بطنها[٤] حتى أرضعته ويترتب علي ذلك الآثار التي يرتبها القانون في حالة الرضاعة.

- عدم اختلاط الأنساب في هذه العملية مأمون ويختلف عن الزنا, فمادة الزنا أن الحيوانات المنوية يقذفها الرجل في بطن هذه المرأة ويتم إلتحامها بأي بويضة تلتقي بها أو تنزل إليها من المبيض إلى الرحم وهو ما يفرق بين هذه العملية والزنا[٥].

وقد نوقش هذا الدليل بما يأتي:

النسب لايعتمد علي العوامل الوراثية وحدها ، وأن كان لتلك العوامل أهمية كبري في صفات الخلق ، إلا أن النسب أوسع من ذلك وأشمل علميا وشرعيا. وأيضا فأن الولد في الآن ، وهو الاتجاه الطبي الجديد أن الإنسان نتاج العوامل الوراثية وتفاعلها مع البيئة المحيطة ، وأشد هذه البيئات التصاقا به هو

---

(١) د. محمد فوزي ضيف الله: ندوة الإنجاب في الإسلام، المرجع السابق، ص ٢٢٧.

(٢) د. محمد نعيم يس: ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الكويت ٢٤ الي ٢٦ مايو، ١٩٨٣، ص ٢١٩. وهاشم جميل عبد الله: المرجع السابق ص ٨٣

(٣) المرجع السابق.

(٤) عبد الحافظ حلمي: ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المرجع السابق، ص ١٧٣ و٢٢٣.

(٥) د. محمد نعيم يس: المرجع السابق.

رحم أمه فبصرف النظر عن الكروموزومات التى تحمل الشفرة الوراثية إلا أن هذا السلوك الوراثي يتأثر بالبيئة، فالإنسان الذي يحمل كروموزومات تجعل عنده استعداد لمرض السكر، وقد لا يمرض بالسكر أيضا إلا إذا تعرض ووضع في بيئة تجعل مرض السكر يظهر عليه. وكذلك الطفل قد يحمل كروموزومات المبيض الأصيل الذي استنبط منه. ولكن وجوده وتكونه وتغيره صحيا وجسميا متأثر بالرحم، الذى حمل فيه، فالفكرة من الناحية الطبية غير مستغربة أن ينسب الولد التى حملته وولدته لزوجها[1].

القول بأن ثبوت النسب يتوقف على العوامل البيولوجية فقط غير مسلم ، لأن الشرع الحنيف ونصوص الفقهاء تدل بوضوح علي أن النسب وأن كان أصله الماء من أى البيضة والحيوان المنوى ، إلا أن يكون محترمين أى معتبرين شرعا سواء في حال الإخراج أو في حال الإدخال أو فيهما ، وإلا أنهما يصبحان هدرا لا حرمة لهما مطلقا ، فالعوامل البيولوجية معتبرة إذا كانت في الإطار الذي رسمة الشارع ، وهذا الإطار مضبوط في ثبوت النسب بالأسباب الآتية من فراش أو بينة.. ...الخ ، وعلي ذلك فالأم البديلة التى ليست بفراش الزوج صاحبة البيضة المخصبة لا يثبت نسب المولود منها لصاحبي البيضة المخصبة ، بل هذا التصرف لا يجوز شرعا لأنه تم في غير الإطار الذي رسمه الشارع الحكيم -

فالأم المستأجرة هنا لم تحمل بمقتضي زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة أو بملك اليمين ، ولكن بإدخال حيوان منوي وبيضة أجنبية عنها مخصبة بهذا الحيوان المنوى مما يعد في معنى الزنا والسحاق الموجبين للعقوبة ، وعدم اعتبار النسب منهما لغير ما مطلقا مثلها في ذلك مثل الزاني فأنه وأن علم أنه أب بيولوجي للمولود من زنا إلا أنه ليس بابا شرعيا ، فالمدار في ذلك كله علي اعتبار الشرع وعدم اعتباره والشرع وأن تشوف لثبوت النسب وأثبته، بمجرد الأمكان – إلا أنه اشترط أن يكون ذلك في إطار علاقة من العلاقات التى رتب عليها الشارع هذا الأثر ، والأم البديلة لاتدخل تحت أى علاقة من تلك العلاقات البتة، بل أنها وأن لم يصدق عليا وصف الزنا ظاهرا إلا أنه يصدق

---

(١) د/ ماهر حتحوت – الإنجاب في ضوء الاسلام ص٢٣١ ، ٢٣٢ وفي نفس المرجع د/ أحمد شوقي ص٢٢٠ ، ٢٢١ الشيخ بدر المتولي عبد الباسط ص٤٨٥

عليها معناه، فظاهر الزنا أو صورته المادية تتمثل في الإيلاج إما حقيقته ومعناه وهو أنزال المني, لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب فأنزال المني في الفرج عن طريق الجماع يسمي جماعا صورة ومني، أما أنزاله فقط يسمي جماعا معني[1].

القياس علي الثمرة فإن الثمرة بنت البذرة لا بنت الأرض, فمن يزرع برتقالاً يجنى برتقالاً مهما كانت الأرض المزروع بها, ومن يزرع تفاحاً يجني تفاحا, فالأرض وأن كانت تجهز البذرة بكل ما تحتاج إليه إلا أنها لا دخل لها بنوع أو جنس النبات الذي سينمو فيها. وكذلك شتل الشجر بعد نموه وكبره فينقل الى مكان آخر فتنسب الشجرة إلى البذرة وليس إلى التربة.

ويناقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: أنه قياس مع قيام الفارق فهو مردود.

الثاني: أن هذا القياس قياس الصوري والقياس الصوري أضعف أنواع قياس الشبه عند الأصوليين

– أن البيضة المخصبة " النطفة الأمشاج أو الجنين المجمد " لو زرعت في رحم صناعي علي فرض أن العلم قد أنجز ذلك – فإن الجنين الناتج عنها سينيب قطعا لصاحبه البيضه المخصبة ولزوجها صاحب الحيوان المنوي، وإلا فالقول بغير ذلك سيؤدي إلي أنه هل سينسب للرحم الصناعي مثلا !! أي أنه سيقال بأنه ابن للرحم الصناعي – وهذا غير مقبول عقلا وشرعا.

وقد تمكن التقنيات المتطورة لفكرة خزانات – وهي بمثابة رحم صناعي – الحمل الصناعية من إيلاد الطفل دون حمل التالي: وذلك بإيداع النطفة الأمشاج رحم صناعي مجهز لأحتزاء تلك النطفة مع ضمان وصول الغذاء إليها عن طريق أنابيب وبنفس الشكل الذي يحصل في الأرحام الطبيعية لتتوالى انقساماتها ليولد الطفل بطريقة صناعية محضة ليس متوفراً فيها أي من معاني الحمل والوضع حينئذ لا يجد الطفل نسباً له جهة الأم إلا ناحية أمه صاحبة الأصول الوراثية لتكوينه الجسدي.

---

(١) راجع في ذلك: بنوك النطف والأجنة ص ٢٧٣، ٢٧٤ لاستاذنا/ الدكتور عطا عبد العاطي السنباطي.

وهكذا افترض أصحاب الرأى المؤيد لنسب المولود لصاحبة البيضة هذه الصورة ووضعوا لها حكمها وذلك علي النحو التالي :

وقد وجدنا في كتب الفقهاء الأوائل ما يؤيد وجهة النظر التي نناصرها جاء في حاشية البيجرمي "فرع وقع السؤال في الدرس عما لو كان لشخص أمتأن فوطئ أحداهما وحملت منه فوضعت علقة فأخذتها الأمة الثانية وضعتها في فرجها فتخلقت وولدت ولداً فهل تصير الأمة الثانية مستولدة أو لا اعتمد شيخنا أنها لا تصير مستولدة بذلك لأنه لم ينعقد من منيه ومنيها في هذه الحالة ويلحقه الولد"[1].

وجاء في تحفة الحبيب علي شرح الخطيب المسماة بحاشية البجيرمي علي الخطيب نفس المعني ولكن بعبارة أخري فقال[2]. (ما لو وطيء السيد أمة فألقت علقه فأخذتها أمته الأخرى فتحملت بها فحلتها الحياة ثم ولدت فهل يحكم للثانية بالاستيلاد، قال الشيخ حمدأن فيه نظر، واستقرب– أى الشيخ علي الشبراملسي – أنها لا تصير أم ولد لأنه لم ينعقد من منيها ومنيه في هذه الحالة..)

فالواضح أن العلقة لا تكون كذلك إلا في مرحلة تاليه لإخصاب البيضة، فإذا زرعت في رحم الأخرى فأنه نفي عن الحامل ثبوت نسب الولد ونسبة للسيد – صاحب المني المحترم في نظره – ولصاحبه البيضة – ومعلوم أن ثبوت النسب في فراش الملكية فرع لثبوته في فراش النكاح.

كما نص علي ثبوت النسب لصاحب الحيوان المنوي وصاحبه البيضة – إذا كانا محترمين – في حالة الرحم المستأجر صراحة الأمام الشبراملسي في حاشية، حيث جاء فيها[3].

---

(١) حاشية البجيرمي علي شرح منهج الطلاب، ج٤، المكتبة الإسلامية للنشر، ديار بكر، تركيا، ص ٤٤٤.

(٢) تحفة الحبيب علي شرح الخطيب المسماه بحاشية البحيرمي علي الخطيب لسليمأن بن عمر بن محمد البحيرمي الشافعي (١٢٢١ ه ١٨٠٦م) ج٤ ص٤٩٠ دار الفكر

(٣) حاشية الشبراملس من نهاية المحتاج ج٨ ص٣٤١ طبعة مصطفي البأني الحلبي – طبعة أخيرة (١٣٨٦ – ١٩٦٧م) والملاحظ أن الفقهاء القدامي الذين نصوا علي مسألة الرحم البديل وثبوت النسب فيه ذكروه في ابواب الرق وامهات الأولاد والتي فيها الأحكام ما يحل قضايا كثيرة شائكة والتي نص علي احكامهعا ووضع الحلول المحاسبة والدول الأوربية بل في العالم كله حائرة وعاجزة أما تلك المشاكل والتي نص علي احكامها =

ذلك أن الحمل والوضع والإرضاع ما هي إلا مستلزمات التطابق الوراثي بين الأم ووليدها، بمعنى أن الأم التي وردت في القرآن وذكر من صفاتها الحمل والوضع والإرضاع ما هي إلا الأم البيولوجية صاحبة البويضة. فتلك حقيقة مفترضة انطلقت منها المستلزمات الأمومية الأخرى من الحمل والوضع والإرضاع. لذا فلم يفترض في الأمومة إلا أن تكون الأم هي صاحبة.

تقييم الباحثه:

بداءة نود التنويه إلى أننا نناصر الرأي الذي ينادي بحرمة ممارسة الأرحام المستخدمة، وذلك حتى لا يفهم من خلال تناولنا لترجيح أحد الآراء أننا نؤيد ممارسة هذا العملية لأنها محرمة شرعاً.

- بالنسبة للنسب من جهة الأم:

تلك هي الآراء السابقة وأدلتها فمن يرى أن النسب ثابت للأم البيولوجية ومن يرى أن النسب ثابت للأم صاحبة الرحم المستأجر، ونحن نرى صحة الرأي الأول القائل بأن المرأة صاحبة البويضة وأن لم تكن أمه شرعاً فأنها ليست بأجنبية عنه بل هي بمثابة الأم من الرضاع. بمعنى أن النسب يثبت لأم البيولوجية والأم بالرحم معا شأنهم شأن الأم البيلوجيية والأم الرضاعية ووزع وصف كل منهما على أساس مدى علاقة وتأثير كلا منهما على الجنين وذلك لاشتراكهم فى تكوين الجنين

ويرجع ذلك من خلال الأدلة آلاتية:-

١- أوجه الشبه بين أهمية دور كلا من الأم بالرحم والأم الجينية وتكامل كلا منهم:

أن الأم الحقيقية علي مر العصور مرورا بوقت نزول القرآن هي محصلة الصفات التي هي صاحبة الحمل والوضع وهي ذاتها وفي الوقت نفسه صاحبة

=

ووضع الحلول المحاسبية فقهاؤنا القدامي – رحمهم الله تهالي – من قرون عدة وبأسلوب يتفق مع المعطيات الطبية الجحديثة في مجال بيرولوجيا الإنجاب والتي لم تكن معروفة ولا متصورة في عصورهم وهذا أن دل علي شي فأنما يدل علي سعة أفقهم قوة ادراكهم وحدة عقولهم وعلي كشف الله لهم من اسراره في عصور كانت وسائل المعرفة المتاحة لهم فيها محدودة ولم تكن قد وصلت الي ما وصل اليه الطب الحديث في هذا العصر ما جعلهم يفترضون مسائل ويضعوا لها.

النطفة. فكل مولود له بأمه عدة صلات تكون محصلتها نزوله بأكمل صورة: صلة تكوين ووراثة وأصلها البويضة وصلة حمل وولادة وحضانة وأصلها الرحم فإطلاق الأم علي التي حملت ووضعت فقط من غير أن تكون البويضة منها إطلاق علي غير الهيئة الكاملة لها والعكس أيضاً فيه ظلم لها وإطلاق الأم على صاحبة البييضة دون الحمل ومشقة أوضع أيضاً على غير الهيئة ولكننا نرى أن أقل ما يقال: أن هذا الوليد فيه جزئية من صاحبة البويضة توجب حرمة الرضاعة. إذا فكلاهما مشتركات فى تكوين الطفل وبالتالى تعلق حقه بهما معا.

- ونستدل من سنة رسول الله - ﷺ - أن لثبوت النسب يشترط أن يكون الماءين محترمين حال الإدخال ولا يشترط ذلك حال الإخراج.

أن النبي - ﷺ- جعل الغلام ابنا لزمعة مع ظهور أنه ليس ابناً لزمعة وجعل الحكم "الولد للفراش " فالحقيقة العلمية ليست بالضرورة هي الحقيقة الشرعية فالشرع يحكم بالظاهر والحقيقة علمها عند الله تعالى. ويستدل من أن القرآن الكريم ".

[... وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ ...](١)

[وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ.. ..](٢)

[إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلا اللائِي وَلَدْنَهُمْ](٣)

وهذه النصوص القرآنية قطعية الثبوت ودلالتها واضحة علي أن الأم هي التي حملت وولدت(٤).

أن الجنين موضوع داخل رحم الأم ونرى أن عموم هذه الآيات يخدم القضية حيث يمكن أن تطلق على الأم بالرحم والأم الجينية.

٢- احتمالية انتقال الصفات الوراثية من الأم بالرحم إلى الجنين:

حتى يومنا هذا لم يصل علم الطب إلى حقيقة علمية ثابتة بشأن العلاقة بين الجنين والأم داخل التجويف الرحمى فى حالة تأجير الأرحام. لذلك لا يمكن

(١) سورة النجم: من الآية ٣٢.
(٢) سورة النحل: من الآية ٧٨.
(٣) سورة المجادلة ايه ٢
(٤) المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك – واصل علاء الدين أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص ٥٤٨.

التسليم بالرأى الذى يقول أن الجنين لا يستفيد من صاحبة الرحم المستأجر غير الغذاء، مبدئيا هذا كلام غير سليم لأنه بجانب الوسط البيئي الذى يحيط بالجنين فى الرحم هناك وسط بيئي أكبر يحيط الجنين والأم معا, وهو الوسط الاجتماعي الذى تعيش فيه الأم, وهذا ما كان ينصحنا به الأطباء أثناء الحمل وهو أن لابد من الا تتعرض الأم إلى أى ضغوط نفسية, وأن تعيش فى جو هادى لأن كل هذا يوثر على الجنين, فلا بد من ألا نسلم بالرأى الذى يقول أن الجنين لا يأخذ سوى الغذاء من الأم بالرحم, كما أنه يرى بعض الأطباء أن الرحم يؤثر في الصفات الوراثية للجنين وليس مجرد عامل مساعد كما يدعي, فأثناء نمو البيضة الملقحة يمكن أن تضاف بعض الصفات الوراثية إليها من الأم التي تغذيها عن طريق المشيمة من الرحم فالحمض النووي الذي الجزء من الحمض يتأثر بالبيئة المحيطة به أثناء نمو الجنين في الرحم فالأم المستأجرة تضيف بعض الصفات الوراثية علي الجنين.

٣ـ مركز الأم الرحمية بالنسبة الأم الجينية

كما أنه لا يمكن القول بأن الأمومة تنصرف إلى الأم التي حملت وعانت مشاكل الحمل والولادة والاحتمال والبذل والمشقة علي عكس الأم صاحبة البويضة التي اقتصر دورها علي مجرد إفراز بويضة دون حمل وولادة أو أية مشقة ومتاعب مما ينفي.

النسب عنها ويثبت للأم التي حملت وولدت ؛ لأن هذا فيه ظلم وإجحاف على الأم الجينية لأن لجوءها إلى الإنجاب بتلك الطريقة فى الغالب يكون بسبب عجزها عن أن تصبح أما فلا يمكن أن نستهين بأن اصل البذرة الجينية منها المتمثلة فى بيضتها, ولكن لا يعنى ذلك أن نزعم بتساوى دورهم فى الأمومة فنرى أن الأم بالرحم المفترض أن ينسب إليها المولود على أن تكون هى الأم الأصلية له وهذا لعدة أسباب سبق وأن ذكرناها التى منها بصفتها صاحبة الفراش, أما الأم البيولوجية فينسب لها الجنين قياسا على الأم بالرضاعة.

ثالثا: حكم المصاهرة بين المولود بأمه صاحبة الرحم أو أمه صاحبة البويضة:

الرأى الأول: وهم أصحاب الرأى القائل بأن الأم النسبية هي صاحبة البييضة.

يروا وجوب حرمة المصاهرة بين المولود وصاحبة البويضة فهي تحرم علي أصوله وفروعه وهو يحرم علي أصولها وفروعها ويرى أن صاحبة الرحم في حكم الأم من الرضاع فتأخذ أحكام الأم الرضاعية في التحريم فتترتب عندهم قاعدة "يحرم من إجارة الأرحام ما يحرم من الرضاع" فتحرم علي أصوله وفروعه ويحرم علي أصولها وفروعها.

الرأى الثاني: وهم أصحاب الرأى القائل بأن الأم النسبية هي صاحبة الرحم.

يروا وجوب حرمة المصاهرة بين المولود وصاحبة الرحم فهي تحرم علي أصوله وفروعه وهو يحرم علي أصولها وفروعها ويرى أصخاب هذا القول أن صاحبة البيضة تأخذ أحكام الأم الرضاعية لعلة الجزئية فتحرم علي أصوله وفروعه ويحرم علي أصولها وفروعها.

ويرى البعض من هذا الإتجاه أن علاقة صاحبة البييضة كالأم المرضعة وذلك لأن الحنفية اعتبروا علة التحريم في الرضاع هي الجزئية أو شبهتها فأقل ما يقال إن هذا الطفل فيه جزئية من صاحبة البييضة توجب حرمة الرضاعة. علي أن صاحب هذا الرأي[1] لا يستريح لهذا التخريج ويرى أن عملها هدر لا تترتب عليه أحكام. وآخرون قالوا: "إنها تحرم عليه لأن هذا الطفل متفرع عنها كما تفرعت ابنة الزنى عن أبيها فهي قد قدمت نطفتها البييضة – أي قدمت فرعاً منها كما قدم الرجل نطفته أي فرعا منه... وتكون صاحبة البييضة ليست أمه التي ينسب إليها ولكنها تأخذ نفس حكم الأم النسبية من حيث التحريم"[2].

---

(١) بحث: آراء في التلقيح الصناعي / للشيخ بدر المتولى عبد الباسط / ندوة الإنجاب / ص ٤٨٥.

(٢) (إن الشافعية الذين يرون أن الزنى لا تترتب عليه قرابة ولا حرمة مصاهرة بالنسبة إلى الرجل الزاني ويجيزون أن يتزوج الزاني بابنته من الزنى يقرون عكس ذلك تماما فيما بين ولد الزنى وأمه فيحكمون بثبوت نسبه من أمه وتبعا لذلك حرمة النكاح، كما يقرون جريان التوارث بينهما: فترث منه أمه ويرث منها بل نقلوا الإجماع علي ذلك) أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة /زياد أحمد سلامة/ص١٧٩.
مقال: طفل الأنبوب. والميراث/الشيخ مصطفى الزرقاء/مجلة الأمة/العدد٢٨/ص٦٢.

=

الفرع الثاني

بالنسبة للنسب من جهة الأب[1] Paternhood

أولاً: أراء العلماء حول نسب المولود جهة الاب:

إختلف العلماء المعاصرون في نسب الطفل المولود من عملية الرحم المؤجر من حيث ثبوت نسبه من صاحب النطفة الذكرية، أو من صاحب الفراش.

الراى الأول: ذهب أصحاب هذا الرأى إلي أن نسب الولد يثبت من صاحب الفراش وهو زوج المرأة التي تم وضع اللقيحة في رحمها تبرعاً منها لحمله أو باستئجار رحمها كما يروا أن (يثبت نسب الجنين من أبيه وأمه وهو في بطن أمه، لأن الأصل في ثبوت النسب عقد الزوجية)[2] قوله عليه الصلاة والسلام (الولد للفراش)

الأدلـــة:

وقد استدل هذا الفريق بقوله عليه الصلاة والسلام: " الولد للفراش وللعاهر الحجر".

أن الحديث حصر نسبة الولد في الفراش، ولا شك أن صاحب الفراش في موضوعنا هو زوج المرأة الأجنبية — الأم المستعارة أو الرحم الظئر — فعلى هذا لا ينتفي الولد عنه شرعاً إلا بلعان، كما هي القاعدة في الفقه الإسلامي.

=

وجاء في متن المنهاج وشرحه بحاشية العلامة الشرواني في باب ما يحرم من النكاح ما نصه متناً وشرحا: (والمخلوقة من "ماء" زناه تحل له لأنها أجنبية عنه إذ لا يثبت لها توارث ولا غيره من أحكام النسب. . نعم يكره له نكاحها للخلاف فيها. "ويحرم علي المرأة وعلي سائر محارمها ولدها من زنا" إجماعاً لأنه بعضها وانفصل منها إنساناً، ولا كذلك المنى، ومن ثم أجمعوا علي إرثه) وعلق العلامة "الشرواني" في حاشيته علي جملة (ولا كذلك المنى) بقوله: "أي منى الرجل، يعني لم ينفصل منه إنساناً" وعلق أيضاً علي جملة: "ومن ثم أجمعوا هنا علي إرثه" بقوله: "أي من أمه" (المنهاج وشرحه تحفة المحتاج بحاشية الشرواني وابن قاسم/ج٧/ص٢٩٩

(١) بادىء ذو بدء سارت القوانين الوضعية على نهج الفقه الإسلامي فارتكزت بذلك علي المعيار الوراثي لثبوت النسب جهة الأب من خلال ثبوت فراش الزوجية —

(٢) النظريات الفقهية / د. محمد الزحيلي / دار العلوم / دمشق / الدار الشامية بيروت / ط١ / ١٩٩٣م/ص ١٣٨ - د. محمد الأشقر ندوة الإنجاب / ص ٢٢٨ .

ويروا أصحاب هذا الرأى أن صاحب النطفة الذكرية قد اهدر ماءوه ولم يلحقوا به النسب لأنهم حملوه على الزاني الذي ذهب جمهور الفقهاء إلي عدم إلحاق النسب به.

- **الرأى الثاني**[1]: ذهب أصحاب هذا الرأى إلي أن نسب الولد يعود إلي صاحب النطفة الذكرية الأصلي لا من الزوج صاحب الفراش.

الأدلـة:

- أن الولد يخلق من ماء أبيه، وقد قاسوا هذه المسألة على الوطء بشبهة أو من نكاح فاسد، الذي رجح الفقهاء فيهما ثبوت النسب من الواطئ[2].
- بالرغم من وجاهة الرأى القائل بلحوق الجنين لصاحب الفراش إلا أننا لم نسلم بالمبررات التى أعتمد عليها أصحاب هذا الرأى فى استدلالهم بالحديث الشريف وذلك للأسباب الآتية
- لأن الجنين ينسب لصاحب الفراش إذا عرف نسب الولد لصاحب الفراش، وهو الزوج.
- إذا تنازع الزاني وصاحب الفراش فيقدم صاحب الفراش ، هذا إذا حكم على صاحب النطفة الذكرية أنه زاني وبإتفاق العلماء والفقهاء وبقرار من المجامع الفقهية يقدم صاحب الفراش على الزاني ولكن الخلاف ما زال قائماً في هذا المقام، أما هنا فصاحب الماء معروف علمياً بل هو معاين ومتعين، وكذلك يمكن القول أيضاً أن الحديث لا يفيد الحصر بدليل أن الولد يثبت بدون فراش، كما في وطء الشبه واستلحاق ولد الزنى إن استلحقه ولم يصرح بأنه من الزنى، فالحديث خرج على الغالب لا الحصر وعليه فإن المراد (بالولد للفراش هو الولد الذي تترتب عليه أحكام الشرع).

---

(١) مقال: رد فقهي على تساؤلات مقال / د. يوسف القرضاوي / مجلة العربي / ع ٢٣٢ / ١٣٩٨ هجرية/ص ٤٦.

(٢) أحكام النسب في الشريعة الإسلامية (طرق إثباته ونفيه) / د. علي محمد يوسف المحمدي / دار قطني بن الفجارة / ط١/١٩٩٤م / ص ٢٢٦.

ويجب الاخذ فى الاحتياط من إختلاط الأنساب[1] بأن المولود الذي ولدته تلك المرأة صاحبة الرحم، يحتمل أن يكون من لقيحة المرأة الأجنبية صاحبة الرحم، ويحتمل أن تكون هذه اللقيحة التي أدخلت في رحم صاحبة الرحم قد ماتت ثم نشأ الطفل من لقاء الزوج بزوجته، وهذا الاحتمال يؤكد لنا أن الولد يمكن أن يكون من صاحب الماء الملقح فينبغي الحاقه به، ويمكن أن يكون من ماء الزوج صاحب الفراش فينبغي ألحاقه به، فنحتاج عندئذ إلي مرجح يثبت النسب وعندئذ نلجأ إلى قواعد ثبوت النسب والتى منها (الولد لصاحب الفراش)

وأخيرا بالرغم من الانتقاد الذى وجهته إلى أصحاب الرأى الأول إلا أننى أجده الرأى الأقرب إلى الصواب من غيره.

ينبغى أخذ التدابير الاحتياطية تجاه ذلك " بجعل الأولاد الناتجين من تأجير الأرحام أن يحتجبوا من أخواتهم من زوج الأم الجينية وزوج الأم الرحمية وإخوانهم من الأم بالرحم والأم الجينية لأنه يحرم ما فى النسب ما يحرم ما فى الرضاعة وهذا عملا بقول الله تعالى: [حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنْ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمْ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ

(١) وهناك واقعة أثارت ضجة ولغطاً قانونياً في بريطانيا حيث أنجبت أم بيضاء بريطانية طفلتين توأمين سوداوين بعد خطأ حصل خلال عملية التخصيب ما أثار لغطاً قانونيا مقرونا بمأساة إنسانية لم يسبق للبلاد أن شهدت مثلها.
- وتصدرت هذه المأساة العناوين الكبرى للصحف البريطانية وأحيلت هذه القضية إلي المحاكم، بعد أن قررت الأم الشابة الاحتفاظ بالطفلتين وحددت جلسة في المحكمة العليا في تشرين الأول لتحديد هوية الأب ثم البت في مسألة جوهرية وهي حضانة الطفلتين فلمن سيعهد بتربيتهما إلي الأم البيضاء التي حملتهما واعتنت بهما منذ ولادتهما أم إلي الأب البيولوجي الأسود وزوجته؟
وإزاء الأصداء الإعلامية التي لقيتها القضية حظرت الشرطة على الصحافة كشف هوية العائلتين المعنيتين واسم التوأمين والعيادة حيث ولدتا مقال: (ولادة سوداوين لأبوين أبيضين تثير لغطاً قانونياً في بريطانيا) جريدة الشرق / الأربعاء / ١٠ تموز ٢٠٠٢ م / السنة ٧٦ / ع ١٥٩٦٩ / بيروت – لبنان / ص ١٦.

عَلَيْكُمْ وَحَلائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً[(١)].

ثانياً: حكم المصاهرة بين المولودة بصاحب النطفة الذكرية:

تعددت الآراء حول حكم المصاهرة بين المولودة من إيجار الرحم وصاحب النطفة المتكونه منها المولودة

- **الرأى الأول:** ويرى أنصار هذا الرأى[(٢)] أن الأب الحقيقي والشرعي هو صاحب النطفة الذكرية.

وجوب حرمة المصاهرة بين صاحب النطفة الذكرية والمولودة. فإذا كان المولود ذكراً فبنات الرجل صاحب النطفة الذكرية هن أخوات للطفل. وأخوات الرجل عمات للطفل وأولاده أخواته.

وإذا كانت أنثى فأبناء صاحب النطفة الذكرية بمثابة الأخوة المولودة. وإخوة الرجل أعمام المولودة وأولاده أخواتها.

---

(١) أما عن القانون الفرنسي فقد أخذ تقريباً بنفس الأحكام السابقة فالمادة ٣١٢ من القانون المدني الفرنسي تنص علي أن الطفل الذي يبدأ حمله أثناء علاقة الزواج يعد الزوج أب له

وقد تقرر للزوج فبموجب نص المادة ٣١٦ مدني فرنسي للزوج أن ينكر نسب الطفل خلال عشرة أشهر من تاريخ حصول الولادة إذا علم بها الزوج أو من تاريخ اكتشاف الغش الذي أخفي علي الزوج بإخفاء واقعة الولادة عنه. ولم يقصر المشرع الفرنسي حق أنكار النسب علي الزوج فحسب وأنما منحه لكل ذي مصلحة كالزوجة والورثة فلهم جميعاً أن ينقروا النسب في صورة الاعتراض علي أبوة الزوج وذلك في مدة زمني قدره ثلاثون سنة تحسب من تاريخ الولادة.

كما تنص المادة ٣٣١ علي أن أقل مدة للحمل هي مائة وثمانون يوماً وأقصى مدة للحمل هي ثلاثمائة يوم.

ولا جدال من أن تلك القاعدة التي أقرتها القوانين الوضعية هي مجرد قرينة بسيطة يمكن للزوج أن يثبت عكسها وذلك من خلال أن يسلك الوسائل الشرعية لنفي النسب وهو ما يسمى باللعان[(١)] وذلك عن المدة التى حددها القانون خلال سبعة أيام من حصولها إذا كان حاضراً أو من وقت العلم بها في حالة غيابه شريطة أن لا يكون قد صدر منه ما يدل علي الاعتراف الصريح أو الضمني بالوليد.

آيه ٢٢ سورة النساء

(٢) وتجاوز هذا الفريق احتمال موت اللقيحة وأن يكون الحمل من منى صاحب الفراش بالحمل الطبيعي.

الرأى الثاني: أعتبر أن النطفة الذكرية كالزاني أو شبيه به لأن منيه دخل رحم غير مباح ولا يربطه فيه أي رابط شرعي. فيأخذ أحكام الزاني في المصاهرة بينه وبين المولودة، والفقهاء الأقدمون تناولوا مسألة(ابن الزنا) بإستفاضة ذهبوا في مذهبين:

المذهب الأول: الشافعية[1]: وبه قال الإمام الشافعي إلى نفي حرمة المصاهرة بينهما فيجيز فيه زواج الرجل من ابنته من الزنا مع الكراهية.

وكذلك الحنابلة عندهم الزنا يوجب حرمة المصاهرة ولكن مفهوم الزنا مختلف عندهم ويشترطون الإيلاج والله اعلم.

---

(١) الأم/محمد بن ادريس الشافعي/٨أجزاء/دار المعرفة/ بيروت/ ١٣٩٣هجرية/ ط٢/ ج٥/ص٢٦.

أدلة الشافعية:

- أن رسول الله ﷺ سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوج أمها أو بنتها فقال: "لا يحرم الحرام الحلال، إنما يحرم ما كان من نكاح" رواه ابن ماجة / كتاب النكاح/باب لا يحرم الحرام الحلال/رقم ٢٠٠٥"

استدل أيضا بحديث "الولد للفراش وللعاهر الحجر" فلم يثبت نسبها منه بل لصاحب الفراش – بشرط أن لا يمسها في طهر لم يجامعها زوجها فيه.

وجه الدلالة: أن هذا الحديث فيه دلالة علي نفي الحرمة وإنما الحرمة ما كان من نكاح شرعي، والزنا لا يوجب حرمة المصاهرة.

مناقشة: يحتمل أن المراد إن حرمة المصاهرة لا تثبت بالحرام ويحتمل أن المراد أن المزني بها تحل إذا نكحها. وأيضا هذا الحديث فيه عبد الله بن عمر "عبد الله بن عمر: عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم من كبار الأتباع توفى سنة ١٧١ هـ رتبة ضعيف يقول عنه الإمام أحمد بن حنبل يزيد في الأسانيد ويخالف ويقول عنه علي بن المديني ضعيف." وهو ضعيف.

المعقول: (إن الله عز وجل إنما أثبت الحرمة بالنسب والصهر وجعل ذلك نعمة من نعمه علي خلقه فمن حرم من النساء علي الرجال فبحرمة الرجال عليهن ولهن علي الرجل من الصهر كحرمة النسب وذلك أنه رضى النكاح وأمر به وندب إليه فلا يجوز أن تكون الحرمة التي أنعم الله تعالى بها علي أن من أتى شيئا دعا الله تعالى إلى كالزاني العاصي لله الذي حدده الله وأوجب له النار إلا أن يعفو عنه وذلك أن التحريم بالنكاح إنما هو نعمة لا نقمة فالنعمة التي تثبت بالحلال لا تثبت بالحرام الذي جعل الله فيه النقمة عاجلا وآجلا).

وقول الإمام الشافعي في أن التحريم بالنكاح إنما هو نعمة صحيح ولكن هذه النعمة لا ترفع بالحرام لأن الحرام لا يحرم الحلال ونعمة التحريم حلال لا تحرم بالزنا مادام السبب مشتركا وهو الولد.

وجاء في المهذب: (وإن زنى بامرأة فأتت منه بابنة، فقد قال الشافعي رحم الله: أكره أن يتزوجها، فإن تزوجها لم أفسخ) المهذب/ج٢/ص٤٣ "

- **المذهب الثاني: الجمهور**(1): لا يجيزون فيه زواج الرجل من ابنته من الزنا ولا بأي حال لأنها ابنته حقيقة، فالزنا يوجب حرمة المصاهرة وكذا المس بشهوة والنظر إلى الفرج.

قال البهوتي: (أو استدخلت ماءه أي منيه بقطنة أو نحوها فلا تحرم بنتها عليه لعدم الدخول بالأم وكذا لا تحرم هي علي أبيه ولا على ابنه إن لم يكن عقد عليها)(2)

وأما الحنابلة فتثبت عندهم حرمة المصاهرة بجميع أنواعها، ولكن مفهوم الوطء المحرم عند الحنابلة يشترط فيه أن يكون في فرج أصلي، ويشترط أن يكون الفاعل ابن عشر سنين فأكثر وأن تغيب حشفة ذكره في الفرج الحقيقي(3)

ونستنتج من كلام الحنابلة أنه لا يوجب حرمة المصاهرة بين صاحب المنى وطفلة الأنبوب أو إجارة الأرحام.

---

(2) "الإختيار لتعليل المختار/عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي/دار الكتب العلمية/بيروت- لبنان/ج3/ص88".
أدلة الجمهور:
1. قال الله تعالى: (ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء) سورة النساء الآية 22."
وجه الدلالة: يقول الشيخ أبو الحسن الكرخي إن المراد من الآية الكريمة – الوطء دون العقد لأنه حقيقة في الوطء" الإختيار لتعليل المختار/ج3/ص88"
واستدخال المني يأخذ حكم الوطء.
2. قال رسول الله ﷺ: "من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها"
المعقول:
أن المخالطة بطريق الزنى سبب الولد فيثبت لها التحريم بالقياس علي المخالطة التي لا تعتبر زنى لاشتراكهما في أن كلا منهما سبب للولد فإن كون المخالطة حلالا أو حراما لا إعتداد لها في ثبوت هذا الحكم "الأنكحة الفاسدة والمنهي عنها في الشريعة الإسلامية/أمير عبد العزيز/ مكتبة الأقصى/عمان/1982م/ص299."
قال ابن تيمية رحمه الله: "فإذا كان يحرم علي الرجل أن ينكح بنته من الرضاع ولا يثبت في حقها شئ من أحكام النسب – سوى التحريم وما يتبعها من الحرمة – فكيف يباح له نكاح بنت خلقت من مائه واين المخلوقة من مائه من المتغذية بلبن در بوطئه؟ ! فهذا يبين التحريم من جهة عموم الخطاب ومن جهة التنبيه والفحوى وقياس الأولى" رسائل وفتاوى ابن تيمية/ج32/ص136"
(2) "كشاف القناع/ج5/ص73".
(3) ذكر في الأنصاف: (لا يثبت التحريم باستدخال ماء الرجل نص عليه في التعليق علي اللعان) الأنصاف/ج8/ص116"

وبناء على ما سبق يتضح أن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة بجميع أنواعها عند الجمهور فلو زنى رجل بامرأة حرمت هذه المرأة علي أصول الرجل الزاني وفروعه وحرم الرجل علي أصول المرأة وفروعها تحريماً مؤبداً، لكن لو تزوج الرجل بأم من زنى بها أو بنتها لم يكن الزواج باطلاً، بل زواجاً فاسداً نظراً لاختلاف الفقهاء في التحريم.

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من وجوب حرمة المصاهرة بين الزاني وابنته من الزنا لأن السبب المشترك بين النكاح الصحيح والزنا هو الولد والجزئية باقية فهي ابنته حقيقة وليس شرعاً ويبقى التحريم للجزئية أولى.

وأرى وجوب حرمة المصاهرة بين صاحب النطفة الذكرية والمولود من طفل الأنبوب أو إجارة الأرحام، فتحرم عليه أصولها وفروعها، وتحرم الطفلة علي أصوله وفروعه.

وفي رأيي يلحق نسب المولود إلى صاحب فراش الوالدة أى زوج صاحب الرحم المستأجر؛ لأن صاحب النطف لا يوجد بينه وبين صاحبة الرحم المستأجر أي علاقة زوجية. وهذا لحماية المولود من الضرروالعار الذى يصيبه بسبب جريمة لم يرتكبها وكذلك للحفاظ على المولود مستقبلا بخصوص الحالة المدنية وتعلقها بالأب أكثر من الأم. وأن علم زوج صاحبة الرحم المستأجر أن الولد ليس منه ورضي به ثبت نسبه منه وعلي بنات هذا الرجل أن يحتجبن من هذا الولد أن كان ذكراً وأن كانت أنثى لا تتزوج أبناء هذا الرجل منها كما فعل النبي ﷺ مع عبد الرحمن وسودة. وفى حالة أنكار زوج الأم بالرحم نسب المولود ينسب لصاحب النطف.

ثالثا: سقوط حق الزوج فى ملاعنة زوجته المؤجرة لرحمها :-

لا يحق لزوج الأم الرحمية ملاعنة زوجته عند نفى نسب المولود اليه وذلك لأن التلاعن يثبت حينما يرمي الزوج زوجته بالزنا ويترتب عليه فسخ النكاح ولكن لا تتوافر شروط الزنا فى حالة الرحم المستأجر كما سبق وأن ذكرنا بل وربما علم ورضي بأن توضع النطفة الغريبة في رحم زوجته فلا يستوجب هذا

التلاعن أو فسخ النكاح بسبب نفي الولد من انبثاق معنى الأمومة من تكامل قاعدة "النسب للفراش"(١) مع قول الله تعالى: [إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ اللاَّئِي وَلَدْنَهُمْ].

---

(١) ما أخرجه مسلم وغيره أن النبي ﷺ قال: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) (.وسبب ورود هذا الحديث يبين لنا بوضوح أنه لا عبرة بماء الغريب حتى لو نزل الولد شبيها بصاحب هذا الماء.
فهذا عبد شمس القرشي كانت له أمة يمانية يطؤها أحيانا وكان قد فرض عليها قدراً معينا من المال تؤديه إليه في كل فترة محددة من الزمان كأنها ضريبة فمكنت من نفسها عتبة بن أبي وقاص القرشي فحملت منه وقبل أن تضع ما في بطنها مات سيدها زمعة كافرا وبعد ولادتها لابنها عبد الرحمن كأن عتبة بن أبي وقاص بعيدا عن مكة فأوصى إلي أخيه سعد بن أبي وقاص إذا قدم مكة أن يقبض ابن أمة زمعة ويضمه إليه ويتعهده لأنه ابنه من مواقعته لتلك الجارية علي عادة الجاهلية وكأن عتبة هذا قد شهد أحدا مشركا وهو الذي شج وجه النبي ﷺ في تلك الموقعة فلم يحل عليه الحول حتى مات كافرا فلما كأن فتح مكة عرف سعد بن أبي وقاص عبد الرحمن بن وليدة زمعة بشبهه الواضح بأخيه عتبة بن أبي وقاص فأواه إليه وقال: ابن أخي ورب الكعبة فجاء عبد بن زمعة وقال: بل هو أخي وابن جارية أبي وولد علي فراشه فاختصما فيه ثم أتفقا علي أن يذهبا جميعاً إلى رسول الله ﷺ ليفصل بينهما.- وها هي أم المؤمنين عائشة – رضي الله عنها – تقص علينا الواقعة من حديثها المتفق عليه فتقول: "اختصم سعد ابن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه أنظر الي شبهه وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد علي فراش أبي من وليدته فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأي شبها بينا بعتبة فقال: (هو لك يا عبد، الولد للفراش، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة) فلم تره سودة قط".
فأثبت النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام نسب هذا الولد – عبد الرحمن – لأبيه زمعة تأسيسا علي العلاقة القائمة بين الزوجين وبناء علي القاعدة الشرعية (الولد للفراش) ولا فرق بين الحرة والأمة فكلاهما فراش كما قال البخاري والخطابي وغيرهما.
وبذلك يكون ﷺ قد ألغى حكم الجاهلية في إثبات النسب بالشبه الذي كانت تصنعه القيافة عندهم وهذا واضح في حديثه ﷺ المتواتر عنه (الولد للفراش وللعاهر الحجر).
وقد أحتاط ﷺ لزوجه سودة بنت زمعة من أخيها لأبيها عبد الرحمن بن زمعة لما رأي شبهه الواضح بعتبة بن أبي وقاص فقال لها ﷺ: (احتجبي منه يا سودة) فما رآها حتى لقى الله.
وهذا الحذر لم يلغ أخوة النسب لأن نسب الولد لأبيه لا ينتفي بمجرد الظنون والشبهات..
وما أحسن قول ابن القيم حينما رأى: أن في حكم الرسول ﷺ مراعاة للشيئين وإعمالاً للدليلين لأن الفراش دليل لحوق النسب والشبه بغير صاحب الفراش دليل نفي النسب وأعمل الرسول ﷺ أمر الفراش بالنسبة إلى المدعي عبد ابن زمعة لقوة الفراش وأعمل الشبه الظاهر بعتبة بن أبي وقاص فأمر سودة بنت زمعة أن تحتجب منه.
=

هـذه القاعـدة العظيمـة في مجـال ثبـوت الأنـساب تـبرز معهـا الـصفات البيولوجية كغيرها فى رابطة النسب السامية، ولكن على الرغم من ذلك نرى أن فى حالة المولود من الرحم المستأجر والمتكون مـن المـائين المحترمـين مـن الـزوجين حال النزول والذي تم تخصيبهما معمليا لتكوين نطفة الأمشاج قبل الغـرس فـى رحم السيدة الأخرى ينطبق عليهما كذلك هـذه القاعـدة الفقهيـة. ولا يتعـارض معها أى أنه يعد الأنبوب الذى تم فيه التخصيب أو الحضانة أى كان المسمى فـى المعمل بمثابة الفراش الـذى جمـع بـين مـاء الـزوجين المحترم والمتفـق مـع القاعـدة الفقهية النسب للفراش. أى أنه تكوين نطف الأمشاج فى ظل علاقة زوجية قائمة بنطفتي زوجين معا هذا من ناحية ومن ناحية أخرى.

كـذلك حالـة المولـود مـن الـرحم المـستأجر لـلأم بـالرحم التـى حملـت ووضعت بنطفة غيرها فى ظل زوجية قائمة بصاحب فراشها.يستفاد من قاعـدة الولد للفراش وقاعدة ثبوت الميلاد وكذلك قول الله تعالى (أن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم). فالراجح لدينا من خلال ما سردناه أن كافة ميزان الأم بالرحم وزوجها هى التى ثقلت بتدعيمها وجمعها بما جاء فى كتاب الله تعالى ومـا جـاء مـن سـنة نبيه محمد - ﷺ- ومن جهة الأم البيولوجية (الأم الوراثية) فنرى أنها كالأم الرضاعية أى أنه لها ما لها وعليها ما عليها.

فلفظ الأمومة الذي ورد في القرآن الكريم ووصفت فيه الأمومة بكونها الصفة المرتبطة بالتي تحمل وتلد وترضع ونرى من وجهة نظرنا أن الحق والعـدل يوجب أن تمنح الأمومة للمـرأة الـتي تجتمـع فيهـا كـل الـصفات الـسابقة صـاحبة البويضة والقائمة بالحمل والوضع وأخيراً التي ترضع صغيرها

وعليه فإننا نرى – والله أعلم – أن لفظ الأمومة فى هذه العملية انقسم إلى معنيين الأول هو الأم " الوالدية " والتي وصفت فيه الأم بكونها تحمل وتضع

=

قال ابن القيم: (وهذا أحسن الأحكام وأثبتها وأصحها ولا يمتنع ثبوت النسب من وجه دون وجه فهذا الزاني يثبت النسب منه بينه وبين الولد في التحريم والبعضية دون الميراث والنفقة وغيرها وقد تتخلف بعض أحكام النسب عنه مع ثبوته لمانع وهذا كثير في الشريعة، فلا يذكر تخلف المحرمية بين سودة وبين هذا الغلام لمانع الشبه بعتبة وهل هذا إلا محض الفقه).

فـذلك يفـترض أن يكـون هنـاك معنـى آخـر للأمومـة وهـى "الأم الوراثيـة أى البيولوجية "التي أفرزت البويضة الملقحة ونحن لا نهدف من وراء هذا التصنيف القول بأن عملية تأجير الأرحام فصلت بين صفتي الأمومة.

وأنما الذي أردنـاه مـن وراء ذلـك استجلاء حقيقـة الأمومـة كاملـة دون تجزئتها لنوعين, وأن النسق الطبيعي والفطرة التي جاء بها الشريعة الإسلامية لابد وأن تسدي الأمومة مفهوماً واحداً, بمعنى أن القرآن الكريم لا يمكن أن يستنبط من أحكامه الفصل بين الأمومة الوراثية والأمومة التوالدية — أن صح التعبير — فكيف ومع ما ترتبه تقنية الرحم المستأجر من مشكلات متعددة وفي مجالات شتى جعـل أغلبيـة علمـاء الـشرع يستنكرونها أن نتـصور أن القـرآن نفـسه يجيـز ذلـك الفصل بين صفة الأم الوراثية وما تقوم به الأم من وقائع مادية إنسانية في الحمل والوضع, لأنه لو قيل بمنح القرآن صفة الأمومة التي ولدت فقط لأجاز هذا القول فكرة الرحم البديل برمتها, وهذا لا يصح ولم يقل به أحد حتى من الذين نسبوا الوليد للتي حملت ووضعت أو التى ساهمت ببيـضتها, وأنمـا الـذى نقـصده مـن وراء ذلك هو أن نضع ناقوس الخطر أمام أعين النساء الذين يقـدمون علـى هـذه العملية بأن المولود المنتظر لن ينسب إليها وحدها بل ستشترك معها أم أخرى فى نسب ذلك المولود ربما لو رسخنا ودعمنا هذا الحكـم لـديهن يتراجعـن عـن فعـل هذه العملية.

من الأولى من وجهة نظر أهل الطب أخذ حكم الأم الرضاعية؟ هل الأم الوالدية (الرحمية) أم الأم البيولوجية (الوراثية)؟

ولكي تنعقد المقارنة علي الوجه الصحيح فلابد من انسحاب حكم الأم الرضاعية في الشرع إلى الأم التي تشبه مكانتها أو تؤدي دورها, وبنظرة عميقة إلى الأم الرحمية سنجدها هى نفسها صاحبة الرحم المستأجر والوالديـة أمـا بالنـسبة للام الوراثية أو الجينية سنجدها هى نفسها صاحبة البييضة.

هنا يتدخل رأى الطب وعلى أساسه يتحدد الحكم إذا اثبت علماء الطب عدم انتقال مورثات من الأم بالرحم إلى الجنين, أنصرف حكم الأم الرضاعية إلى الأم بالرحم, وإذا اثبت عكس ذلك أى انتقال الصفات الوراثية من الأم بالرحم إلى الجنين أنصرف حكم الأم الرضاعية إلى الأم الجينية, نجد أوجه تشابه بينهم من

حيث الأم المرضعة والأم الوالدية صاحبة الرحم المستأجروالأم الجينية صاحبة البييضة المخصبة يحرم من النسب ما يحرم من الرضاعة.

ولو أمعنا النظر لحكم نسب هذا الطفل في القوانين الوضعية لوجدنا أن عقد الزواج ينسب للأم التي ولدته. ولا تستطيع بعد ولادته أن تنكره وينسب لزوجها الذي ولد في فراشه الشرعي ويرجع ذلك كما ذكرنا أنفاً أن القوانين الوضعية تعمل العقل وتهتم بالحقائق القانونية مجردة ولا يعنيها توافق تلك الحقائق القانونية مع الحقائق الوراثية التي تقضي بوجوب أنتساب الطفل لمن تخلق من ماءيهما في علاقة شرعية.

أن العلاقة بين أطراف عقد إيجار الأرحام وبين الوليد الذي يمثل التطورالبيولوجي لتلك النطف الموضوعة داخل الرحم والذى يعتبرالوسط الغريب عنهم ولكنه الوسط الطبيعي للجنين الذى ينموا فيه لابد من الاعتناء به أشد الأعتناء وذلك بوضع مصلحته في مصاف المعيارالأمثل بالحفاظ على نسب المولود وتثبيت أركانه ومحو ما قد يشوه معانيه ؛ لأنه لا ذنب له في مجيئه إلى الدنيا بهذه الوسيلة.

المطلب الخامس
المشكلات المترتبة على مسائل ثبوت النسب

تمهيد:

مما لا شك فيه أن قواعد ثبوت الأنساب التى نحن بصدد معالجتها فى عمليات تأجير الأرحام لا يثير أية مشكلة في مجال ثبوت النسب لكونه يتم بين الزوجين وبنطفتيهما أى أنه توافر احترام المائين وقت الإنزال بصرف النظر عن الوسيلة التى اتبعها الزوجين فى حمل نطفهم لتكملة الحمل حتى إنجاب المولود. ولكن المشكلة التى نعنيها هى الأثار المترتبة على ثبوت النسب نفسه أى أنه المشاكل التى تبدأ بعد ثبوت الأنساب.

فى ضوء موقف الشريعة الإسلامية العظيم تجاه ما حققته من وضع قواعد وأساس البنية التحتية لبناء الأسرة مع رسخ الواجبات والالتزامات لكل فرد منها. ومما لا شك فيه أن أثقل الواجبات هى التى تقع على عاتق الأم. ففي ظل الأمومة الكاملة ونقصد من هذا المصطلح اشتراك المشاعر والعواطف مع

الآلام التي تتحملها الأم حتى نضوج طفلها بأحشائها. والأبوة الحانية تتم كفالتهم حتى يصيروا صالحون وهذا ما يستهدفه الإسلام. وصدق الله القائل: [وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنْ الطَّيِّبَاتِ](١) ولابد من الالتجاء والتسليم بمشيئة الله حيث أن الولد عطية من الله يمنحها من يشاء من عباده [لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ❁ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَاناً وَإِنَاثاً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ](٢).

وقدر مع ذلك المشاكل التي يمكن أن تثور حوله. فوضع لذلك تشريعاً تميزت به الشريعة الإسلامية علي غيرها مما سبق أو لحق. وكان تشريع اللعان الذي ينفي به الزوج كل نسب يشك فيه كي لا يدخل في نسله نسب مشوه. كما استندت القاعد القانونية فى مسائل النسب إلى الواقع الوراثي الذي يتسم بالثبات والوضوح والوقوف على قاعدة صلبة تصلح ملجئاً قوياً لكل من يريد أن يقف غير مشتتاً ولا حائزاً علي حقيقة نسبه.

ومما سبق يتبين أن مشكلات ثبوت النسب تثور من خلال ممارسة تقنيات الإنجاب الصناعى بتدخل الغير في العلاقة الزوجية ليساندها في تحقيق حلم الإنجاب الأمر الذي حدا بنا إلى دراسة المشكلات على ثبوت نسب الولد فى الرحم المستأجر.

خلفت لنا الإنجازات التى توصل إليهما علم الطب وبالتحديد فى مجال الإنجاب الصناعى بكافة أشكاله. وعلى سبيل المثال الوسيلة محل بحثنا. وهى تأجير الأرحام أى الإنجاب من خلال الاستعانة برحم امرأة بخلاف رحم الزوجة ؛ لكى تشاركها فى المولود بل. ولكي يزيد نصيبها فيه دون النظر إلى المحاذير التي ترمي الى الحيلولة بين تلك الوسائل بين إجازتها طبقا لأحكام القانون والشرع الإسلامي الأمر الذى أثار كثيراً من المشكلات التي تحتاج لمعالجة. والتي يشعر الباحثة من خلالها صعوبة كبيرة في استخلاص الحلول المناسبة للمسائل

---

(١) النحل ايه ٧٢
(٢) سورة الشورى ٤٩، ٥٠

المطروحة ولكي نجد الحل ونضعة فى إطار تنسيقي ينظم لنا المسائل التى تحتاج إلى المعالجة لمشكلات النسب وللبت فى حلولها. وذلك من خلال محاولة تنظيرها مع القواعد الشرعية والقانونية لثبوت النسب بغية التوصل إلى أنسب الحلول المتفقة بقدر الإمكان مع أحكام النسب التى ترعى الفئة الضعيفة من الأطفال الذين يولدون إلى الحياة بطرق غير تقليدية ليس لهم فيها أي دخل أو إرادة. لذا لابد أولا أن نضع نصب أعيننا على المشاكل المنبثقة من تلك التقنية وأهمها مشكلات ثبوت النسب وذلك فى نقاط محددة.

أولاً: العوامل المؤدية إلى بروز المشاكل المترتبة على ثبوت النسب من عمليات إستخدام الأرحام:

١- عدم ضمان طرق الإنجاب الصناعى لضياع الأنساب خارج وداخل[1] الرحم.

بمعنى أوضح فصل العلاقة الجنسية بين الزوجين عن مسألة الإنجاب جعل النطف التناسلية أكثر عرضة لاختلاط الأنساب.

إمكانية الوجود المادي للنطف التناسلية خارج أوعيتها التناسلية تمهيداً لتلقيحها أو العمل بها في مجال تقنيات المساعدة الطبية علي الإنجاب أو حفظها لحفظ قدرات الرجل أو المرأة المعرضة للضياع. ولكن هناك احتمال لخلط هذه النطف. وهي محفوظة بالتجميد أى أنه قد تختلط ببعضها وقد حدث ذلك بالفعل

(١) د/ عطا السنباطى – نقلا من بنوك النطف والأجنة ص ٢٦٤، ٢٦٥ مرجع سابق نقلاً عن د. محمد علي البار في كتابه طفل الأنبوب ص ١٢٣، ١٢٤. عرض علي القضاء الألماني قضية هي الأولي من نوعها حيرته وأثارت الفقه للتنديد بالنقص التشريعي هناك وتتلخص هذه القضية في أن امرأة لا تستطيع الحمل اتفقت مع امرأة أخرى علي حمل الطفل مقابل ٢٧ ألف مارك ألماني تدفع عند الطلب وبعد تسعة أشهر جاءت المولودة (Michaela) وتسلمها أبواها الموصان عليها وقبضت الأم الحامل المقابل ولم يثار أدنى شك لدى الجميع في أبوة الطفلة. وبعد عام من الولادة والتسليم تم إجراء تحليل دم للطفلة الذي أوقع المفاجأة علي الجميع.. وكانت زوجة الأب البيولوجي قد تبنت الطفلة بالفعل حيث جاءت النتائج مؤكدة أن الطفلة نتجت من علاقة عادية بين الأم الحامل وزوجها (زوج الأم بالأنابة) وأما محاولات التخصيب لم تنجح ورغم ذلك لم تسترد الأم بالأنابة طفلتها لأنها كانت قد تسلمت المبلغ المذكور.. أنها حضارة القرن الحالي حيث يبيع المرء ولده مقابل مبلغ من المال).

في كثير من الأحيان حتى في الدول التي تقدمت في مجال الحفظ[1]، الأمر الذي قد يدفع إلى حدوث اختلاط فى العينات المنوية بعضها ببعض. فيولد للزوجين ولد ليس من ماء الزوج أو ليس من ماء الزوجة أو ليس من مائهما مجتمعين.

مما يؤدى معه إلى ضياع الأنساب وحتى داخل الرحم هناك احتمال أيضاً باختلاط الأنساب وذلك بعد غرس نطفة أمشاج الأبوين البيلوجيين داخل رحم الأم بالرحم. يمكن أن يجامع زوج صاحبة الرحم زوجته وتحمل مع لقيحة الأبويين البيلوجين أى تصبح صاحبة الرحم المستأجر حامل فى توأم لا يعرف ابن اللقيحة الأولى ابن من أو اللقيحة الثانية ومن هنا تختلط الأنساب أيضاً بين الأبوين بالفراش والأبوين البيولوجيين.

الحيرة حول السؤال إلى من سينسب الطفل؟ هل إلى أمه بالرحم مستندا على قاعدة ثبوت الميلاد أم الأم بالنطفة؟ مستندا على المعيار البيولوجي أم إلى الأب صاحب الفراش الأم بالرحم؟ أم للأب الجينى إعمالا لمعيار الجينى المستند على المعيار الوراثي بالبصمة الوراثية.

٢- مخالفة عملية تأجير الأرحام لقواعد النظام العام.

٣- ظهور أشكال أخرى من الأمومة أدى إلى تشتت وحيرة بين النشء

٤- تشجيع نوعية جديدة من البشر وهم سوء المعاملة الجنسية (الجنس الثالث)على الإنجاب بالأستعانة بهذه الوسيلة من خلال الاستعانة ببنوك النطف والأجنة ومؤجرات الأرحام أصبح من السهل الحصول على طفل من علاقة غير

---

(١) وقد حدث ذلك بالفعل في أحد مراكز التلقيح الصناعي بأوروبا حيث أقد زوجان لونهما أبيض علي عملية تلقيح في أنبوب وبعد نجاح الزرع فوجئ الزوجان بأن طفليهما أسود وتم مقاضاة البنك الذي أعترف بخطأة في عدم تنظيف.الأنبوب الذي أجرى لهما فيه حيث كأن قد أجرى به من قبل عملية تخصيب لرجل أسود وظلت نطفة عالقة بالأنبوب، جريدة أخبار الحوادث المصرية في ١٩٩٥/٧ ص ٢٠. وكأنت إحدى الزوجات بالولايات المتحدة الأمريكية قد قاضت المركز العالج عن خطأه الفادح والذي تسبب في طفلة سمراء لتلك المرأة رغم أنها هي وزوجها من أصل أوروبي وقد كأن ذلك نتيجة استبدال العينات بطريق الخطأ من جانب المركز ذلك بإجراء التحاليل المثبتة لالتفاء العلاقة الوراثية بين الطفل ومن أنتسب إليهم بطريق اختلاط العينات بخطأ المركز أنظر د/ عبد الحليم، المرجع السابق، ص ٦٥٠، ٦٥١ بالهامش.

طبيعية. ولمزيد من الإيضاح هناك ملحق فى نفس هذا الكتاب به حالات من نفس النوع

٥- وقد يكون الغش أو الخداع من جانب الزوج، الذى يحصل على سائل منوي من رجل آخر غيره، يقدمه لتلقيح بويضة زوجته هو، موهما إياها بأنه سائله.. ،

وقد تعمد الزوجة، فى سبيل الحصول على طفل، لمصلحة خاصة بها كميراث.. إلى طريق التلقيح بسائل منوي مستخلص من غير زوجها، إذا كان بالزوج عيب.

٦- ستؤدى هذه العملية إلى " نسبة المولود زورا إلى غير والدته. حيث نصت المادة (٢٨٣ من القانون رقم٥٨ لسمة ١٩٣٧ م) بإصدار قانون العقوبات والمعدلة بالقانون (رقم ٣٩ أو ٢٩ لسمة ١٩٨٢)على أن: " كل من خطف طفلا حديث العهد بالولادة أو أخفاه أو بدله بآخر أو عزاه زورا إلى غير والدته يعاقب بالحبس فأن لم يثبت أن الطفل ولد حيا تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة أما إذا ثبت أنه لم يولد حيا فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على شهرين[١].

ويقابل هذه المادة فى قانون الجزاءات الكويتي المادة ١٨٣ والمعدلة بالقانون ٦٢ لسنة ١٩٧٦ م والتى تنص على أن " كل من خطف طفلا حديث العهد بالولادة أو أخفاه أو أبدل به غيره أو عزاه زوراإلى غير والدته أو والده يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات.

وبتطبيق هذه الأحكام فى عملية تأجير الأرحام يظهر أن:

نسبة المولود إلى غير أمه الحقيقية من طريق تأجير الأرحام – وفقا للراجح – من أن الأم الحقيقية هى: الأم بالرحم– وهى التى ينسب إليها الطفل ولكن اعتادت النظم القانونية الأخرى الممارسة لهذا النوع من العمليات بمجرد أن تتم الولادة تبدأ الأم البيولوجية فى إجراءات التبني. وبعدها فى الوقت الذى

(١) قانون العقوبات المصرى وفقا لاخر تعديلاته ص ١٢٢ بدون سنه أو مكأن طبع

تكون تسلمت فيه الطفل بالفعل من الأم بالرحم, وطبعا تسرع الأخرى فى تسلم الطفل, وهذا لقبض ما تبقى لها من حساب.

ومن ناحية أخرى فقد تتمسك صاحبة الرحم المستأجر بالطفل المولود وتريد نسبته إليه فتمتنع بذلك عن تنفيذ الالتزام بتسليمه بعد ولادته مباشرة كما أن الأم البيولوجية نظرا لأنها لم تلد هذا الطفل فإنها لابد وأن تلجأ للقضاء بطلب التبني له, كي تلحقه بها ابنا بطريقة رسمية, هذا بالنسبة للدول التى تعترف بمثل هذا النظام, كما قد يمتنع في بعض الحالات الأبوين البيولوجيين للطفل عن تسلمه نتيجة عدم قدومه بالشكل الذي كان يتوقعانه أو يرغبانه كميلاده مشوها أو ناقصا من الناحية الخلقية.

ففي هذه الحاله إذا نسب الطفل لغير أمه الحقيقية زورا فذلك يعد جريمة يعاقب عليها القانون وكذلك الشريعة الإسلامية, وأيضاً يسرى الحكم السابق إذا نسب زورا لغير والده الشرعى.

وقد أحسن القانون الكويتي حينما نص على ذلك صراحة, حيث جرم هذا الفعل ووضع له عقوبة تعزيزية مناسبة, كما هو حكم الشريعة الإسلامية فى تحريم التبني تحريما مطلقا وجعل ذلك معصية تستحق العقوبة. الدنيوية وفقا لما يراه ولى الأمر زاجرا ورادعا لذلك, فضلا عن العقوبة الأخروية وقد كان

الأحرى بقانون العقوبات المصري أن يتضمن نفس الحكم بالنسبة للوالد كما فعل مع الوالدة, حيث أنه لا فرق فى حرمة التبني سواء صدر من الوالد أو الوالدة بالتبني, ويلاحظ أن هذه الجريمة تتوقف على ثبوت النسب الحقيقي أى : من هو الوالد الشرعى أو الوالدة الشرعية فالذي ينسب له الطفل شرعا إذا نسب لغيره زورا بعد ذلك فأن جريمة نسبة طفل حديث الولادة زورا إلى غير والده أو والدته تكون متوافرة وبالتالى يستحق مرتكبها العقاب[1].

٧- الاختلاف الناتج بين أفراد العلاقة بشأن تنفيذ الاتفاقات المبرمة فى العقد:

---

(١) د/ محمد المرسى زهرة الإنجاب الصناعى ص ٤٤٧

من المشاكل التى أفرزها ذلك الواقع المغاير للفطرة من منازعات متعددة الجوانب[1]. فمن ناحية فقد يحدث الخلاف علي النسب بين أطراف العلاقة فقد يحدث التنازع والخلاف حول تنفيذ بنود عقد إيجار الرحم فقد تمتنع المرأة التي ولدت عن تنفيذ التزامها بتسليم الطفل نتيجة امتناع الأبوين عن تسليم ما تبقي من المقابل المادي للعملية، والذي قد يكون راجعا إلى عدم تنفيذ الحامل لبنود العقد خاصة الالتزام بالتعليمات المتعلقة بصحة الأم والمؤثرة علي صحة الجنين.

٨ـ الطريق إلى القضاء علي تعدد الزوجات:

فموضوع استئجار الأرحام خطوة علي الطريق من نتاج مؤتمر السكان، والذي يدعو للقضاء علي تعدد الزوجات والذي يخالف شرع رب العزة - سبحانه وتعالى - والذي يقول في سورة النساء [فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُوا][2]. فهذا الأمر فيه اعتراض علي المشيئة الإلهية التي أرادت أن تكون بعض النساء عقيمات أو عاقرات لا تلد كما في قوله تعالى: [لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (٤٩) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَاناً وَإِنَاثاً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ][3]. فالأولى بمثل هذه المرأة العاقر أو التي فقدت رحمها أن ترضى بما قسمه الله لها وتثق بأن ذلك خير لها في الدنيا وأن الله - سبحانه وتعالى - سيجزيها عن ذلك في الآخرة.

٩ـ إتحاد علة تحريم تعدد الأزواج مع تحريم تأجير الأرحام بالنسبة للزوجات:

ولهذا تظهر العلة من تحريم تعدد الأزواج بالنسبة للزوجات وقد ثبت علمياً أن ماء الرجل يؤثر تأثيراً وراثياً كبيراً علي اللقيحة الموجودة في رحم الأم[4]

---

(١) Aspects Juridiques de la maternite par substitution ،(c) 1999 ، Comite Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la sante. Avis sur les problemes ethiques nes des techniques de reproduction artificielle. Rapport. 23 octobre 1984.

(٢) سورة النساء أية ٣.

(٣) الشورى: ٤٩، ٥٠.

(٤) كتاب النساء والولادة ص ٤٢٣ تأليف (ويليام) و(ويلكنز) شركة ماس للنشر طبعة الشرق الأوسط — الطبعة الثانية ١٩٩٦م.

ولذلك نهى رسول الله ﷺ أن يسقي الرجل بمائه زرع غيره[1]. وأيضا: فأن قذيفة الرجل تحمل من(٢٠٠ إلى ٣٠٠ مليوناً) من الحيوانات المنوية لا يصل إلى البيضة إلا أقواها وتموت ملايين الحيوانات المنوية الضعيفة في الطريق قبل الوصول. وحيث أن في هذه الحيوانات المنوية حوالي ٢٠٪ منها حيوانات شاذة وغير مكتملة النمو فأن مسألة التلقيح الصناعي واستئجار الأرحام تزيد من نسبة عدد المشوهين حيث لا يمكن انتقاء الحيوانات المنوية القوية من بين هذه الملايين من الحيوانات المنوية في القذيفة الواحدة[2].

طرح العلماء عدة نظريات وقد لاقت نظرية من بين هذه النظريات القبول وهي التي تقول: أن الحيوانات المنوية التي تمتص بواسطة الرحم وعنق الرحم بها مادة وراثية تدخل عنق الرحم فإذا كانت المرأة متزوجة دخل بصفة دائمة بصمة وراثية دقيقة أدق من بصمة الأصبع يتعود عليها عنق الرحم ويتكون في الرحم وعنقه ذاكرة ناتجة عن مادة وراثية موحدة بين الرجل وزوجته.

أما التي تمارس البغاء يحدث إرتباك داخلي في الرحم وعنق الرحم يؤدي الى السرطان.

ولذلك شرع المولى- سبحانه وتعالى - استبراء الأرحام لكي يكون هناك فاصل زمني بين الزوج الأول والزوج الثاني للمطلقة أو للأرملة بالرغم من أن العلم يعرف الحمل في لحظة وذلك بعدة نقاط قليلة من بول المرأة, ولكن لابد من وجود العدة حتى ينسى الرحم وعنق الرحم الشفرة الوراثية من الحيوانات المنوية للرجل الأول ليدخل منى الرجل الثاني بعد هذه المدة, فلا يضر هذا المنى الرحم أو عنق الرحم بالأمراض وعلى رأسها سرطان عنق الرحم.

وصدق النبي- ﷺ- الذي يقول: (وما فشت الفاحشة في قوم إلا أصابهم الله بالأمراض والأوجاع التي لم تكن في أسلافهم)[3].

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) كتاب النمو الجنيني للأنسان ص ٥ مرجع سابق.
(٣) سنن ابن ماجه ١٣٣٢/٢، ١٣٣٣ –كتاب الفتن باب العقوبات الحديث ٤٠١٩ وعلق عليه البوصيري في الزوائد بقوله: هذا حديث صالح للعمل به.

ثانيا نموذج من واقع المشاكل المترتبة على عمليات إيجار الرحم الخاصة بنسب المولود:

- هل يحق حرمان الأب البيولوجي من إنكار نسب الطفل المولود من تأجير رحم امرأة أخرى غير زوجته بناء علي موافقته المسبقة علي إجراء هذه العملية:

من ناحية فقد تختلط نطفة الأمشاج خاصته فى رحم المرأة المستأجر بأن يجامعها زوجها بعد زرع النطفة فى رحمها فتحمل توائم على لقيحة الزوجين أصحاب النطف أو أن هناك احتمال اخر وهو أن تسقط اللقيحة الأولى خاصة الأبوين البيولوجيين وتحمل المرأة صاحبة الرحم من زوجها وتنجب معتقدة أنها أنجبت من نطف الزوجين أصحاب النطف[1]؟

وعلى الصعيد الآخر هل يحق لزوج صاحبة الرحم المستأجر أنكار نسب المولود من هذه الطريق؟

حكم احتمال اختلاط بويضة الزوجين الملقحة ببويضة ملقحة أخرى بصفة عامه داخل أو خارج الرحم :-

١ـ حكم ثبوت النسب جهة الأب :

❖ من الناحية القانونية دائماً يستفيد الولد من قرينة الزواج التي لا تعتني إلا باستقرار الأوضاع القانونيه دون النظر إلى مطابقتها للحقيقة والواقع[2]. أى أنه ينسب إلى زوج صاحبة الرحم المستأجر لأن كل حمل تحمله الزوجة يفترض أنه من زوجها لكونها مقصورة عليه وهو ما جرى عليه قضاء النقض من أن النسب يثبت بالفراش الصحيح بين الزوجين[3].

أما في الشرع فلا ينسب الطفل لزوج صاحبة الرحم هنا ؛ لأنه ليس من مائه وأنما ينسب لصاحب النطفة أى الأب البيولوجي.

---

(١) استئجار الأرحام ص ١٦ منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة مرجع سابق. وأنظر صحيفة الأهرام في ٩ أبريل ٢٠٠١م مقال للدكتور حمدي بدراوي أستاذ أمراض النساء بطب الأزهر.

(٢) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ٥٠٥.

(٣) الطعن رقم ٥٣/٧٤ ق احوال شخصية مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات ١٩٨٠ – ١٩٨٥ قاعدة ١٣٨ ص ١٦٢ والطعن رقم ٤٤/٣٨ ق أحوال شخصية مجموعة المكتب الفني السنة ٣١ ص ٧٤٦.

٢ـ حكم ثبوت النسب جهة الأم:

من الناحية القانونية : الحكم القانوني دائماً ما يتجه إلى إقرار الظاهر في مسائل النسب فيقر لذلك بنسب الأم التي ولدت فالولد هنا للزوجة التي زرع فيها بويضة ملقحة غريبة عنها تماما هي وزوجها.

من الناحية الشرعية : وبالنسبة للنسب جهة الأم فأننا نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : أن تكون صاحبة الرحم المستأجر ذات زوج

ينسب المولود إلى صاحبة الرحم المستأجر وزوجها ولمزيد من التفصيل[1].

الحالة الثانية : أن تكون صاحبة الرحم المستأجر منفردة. ينسب المولود إلى الأم بالرحم ونلحقه بالأب البيولوجي.

ثالثاً: سوابق القضاء الامريكى المترتب على أثر التعامل على الأرحام:

- وافقت امرأة تسمى "دينا باركر" علي أن تكون أما بديلاً – أي تحمل طفلاً لزوجين هما "بولين" و"هاري تايلر" وذلك مقابل أجر. وتم الحمل بالفعل وبدأ الزوج صاحب الحيوان المنوي التردد علي المرأة التي حملت له ولده. وبدأت المشاكل تظهر فالأم البديلة وقعت في حبه وغرامه وزنى بها. والزوجة الأصلية شعرت بالغيرة من عملية الحمل التي تكون طرفها من الناحية البيولوجية فقط وبدأ الشقاق في الأسرة التي كانت تتمتع بقدر من السعادة والاستقرار حتى ذلك الوقت ورفضت الأم بالرحم تسليم الوليد الذي حملته إلى صاحبة البييضة واحتفظت به لنفسها بعد ولادته فمشاعرها قد تغيرت بالحمل والولادة فهي تشعر أنها أم لذلك الطفل. ولا تستطيع التفريط فيه. ورفع الأمر إلى القضاء والقضاء في حيرة من أمره. والذين لا يعترفون بالمشاعرأوالنواحي الإنسانية قالوا: لا بأس أنه يمكن التغلب علي هذه المشاكل بالسيطرة علي العناصر البشرية فيها عن طريق عقد قانوني بين الأطراف المعنية.

- وقد حدث عكس ذلك في أمريكا.. فقد تبين أن الطفل معاق ومصاب بنقص بالغ في حجم دماغه بحيث سيظل طيلة حياته متأخراً عقلياً

(١) سبق وأن تعرضنا بالتفصيل لحكم هذه الحالة فى اراء العلماء حول نسب المولود من ذات الكتاب.

فرفض الزوج (صاحب الحيوان المنوي) الاعتراف بالطفل كما رفض أداء الأجرة المتفق عليها بدعوى أنه ليس هو الأب لذلك الطفل، وحكمت المحكمة بإلحاق الولد بالزوج (صاحب الحيوان المنوي) بناء علي التحاليل الطبية ولكن بالفعل رفض الزوجان أن يعيش الولد معهما وبقى في دار حضانة تحملت مصاريفها شركة من شركات التأمين(١).

- ومن القضايا التي حدثت في هذا المجال – كما ذكر بعض الأطباء(٢) – أنه حدث اتفاق بين زوجة وزوجها من ناحية وامرأة أخرى من ناحية أخرى لتوضع البييضة الملقحة من الزوجين في رحم المرأة الأخرى، ونما الجنين وبالفحص الطبي تبين أن الجنين به بعض العيوب الخلقية التي يمكن علاجها بالتدخل الجراحي أثناء فترة الحمل فرفضت الأم الحاضنة هذا الإجراء نظراً لما سيعرضها لمخاطر التخدير والجراحة وضربت بعرض الحائط ما قد يحدث للجنين من أضرار.. فأدى هذا النوع من التعاقد الغريب إلى عدم علاج إنسان كان يمكن علاجه بيسر لو كان في رحم أمه الطبيعية(٣).

وما الحل إذا حملت الأم البديلة أيضاً من زوجها وكان صاحب النطفة الملقحة يريد ذكراً ووضعت الأم البديلة ذكراً وأنثى؟ لا أتصور حجم الخلاف الذي سينشب بين الطرفين: أعنى صاحب النطفة الذي يريد أن يستأثر بالذكر والزوج الذي يريد أيضاً أن يكون الذكر من نصيبه.

وقد نشرت مجلة الرأي الأردنية في عام ١٩٨٧ مقالا مترجما عن مجلة التايم(٤)، وعرضت في هذا المقال إحدى القضايا التي وصلت إلى المحكمة بخصوص استئجار الأرحام، حيث قامت السيدة "وايتهد" وهي ربة بيت من نيوجرسي والبالغة من العمر ثلاثين عاما بتقديم خدماتها لمركز نيويورك للعقم، لأنها أرادت مساعدة الأزواج المحرومين من الأطفال، وبعد نجاحها في

(١) بنوك النطف والأجنة ص ٢٦٥ مرجع سابق.
(٢) الدكتور جمال أبو السرور أستاذ أمراض النساء والولادة وعميد كلية الطب بنين جامعة الأزهر
(٣) د. محمد رأفت عثمان ص ١٣ – المرجع السابق.
(٤) عكور، ايمان. هل الرحم قابل للتأجير- قضية عاطفية في المحكمة تتعلق بإمكانية الولادة بالنيابة، جريدة الرأي الأردنية، كانون أول: ١٩٨٧، ص١٢.

الاختبارات النفسية، وبعد الاستشارات القانونية اللازمة وافقت على أن تحمل لقيحة السيد "وليام ستيرن" البالغ من العمر ٤٠ عاما وزوجته "إليزابيث" وهي طبيبة وتبلغ من العمر الأربعين عاما، وذلك لأن الزوجة "إليزابيث" عاجزة عن الحمل، ووعد الزوجان السيدة "وايتهد" بأن يدفعا لها مبلغ ١٠٠٠٠ دولار وطبعا سيدفعان نفس المبلغ لمركز نيويورك للعقم، و٥٠٠٠ دولار لتغطية نفقات أخرى.حملت السيدة "وايتهد" وبعد ولادة الطفلة، راودت الأم المستعارة شكوك حول تسليمها للزوجين، فقد رفضت استلام المبلغ المتفق عليه بداية، لذلك وافق الزوجان بالسماح للسيدة "وايتهد" بالاحتفاظ للطفلة لفترة قصيرة، إلا أن الصراع حول الطفلة اشتد حين رفضت الأم البديلة "وايتهد" تسليم الطفلة في النهاية، وتملصا من رجال الشرطة الذين أرادوا استرجاع الطفلة هربت السيدة وايتهد الطفلة من نافذة خلفية إلى زوجها "ريتشارد" الذي هرب بالطفلة إلى فلوريدا، وبعد تحقيق وبحث دام ثلاثة أشهر من قبل رجال الشرطة ومن قبل مكتب التحقيق الفدرالي ومحققين خصوصيين تم العثور على الطفلة وعلى الزوجين "وايتهد وريتشارد".وتوجه السيد "ستيرن" وزوجته "إليزابيث" إلى المحكمة. حيث تم تقديم شكوى ضد السيدة "وايتهد" وقام القاضي"سوركو" وهو قاضي محكمة الأسرة في نيوجرسي بالحكم لصالح الزوجين "ستيرن وإليزابيث" ورفض طلب السيدة "وايتهد" في استعادة الوصايا المؤقتة على الطفلة، ووعد السيد ستيرن السيدة وايتهد بالسماح لها بزيارة الطفلة مرتين في الأسبوع، أما السيدة "وايتهد" فقالت بعد سماع الحكم: " لدي ثلاثة أطفال واثنان منهما لا يستطيعان رؤية أختهما، هذا ليس عدلاً". أما السيد "ستيرن" فصرح بأنه سعيد جدا بقرار المحكمة، وأنه اكتشف أن الأبوة تجربة رائعة[1].

رابعاً: رأى الباحثه

مراعاة تسجيل الحالة المدنية الجديدة للطفل فى وثيقة متضمنه لأطراف العلاقة: ونزيد على ذلك أن يشهرأو . ت تاريخ تسجيل ميلاد الطفل وذلك

(١) هل الرحم قابل للتأجير- قضية عاطفية في المحكمة تتعلق بإمكانية الولادة بالنيابة، جريدة الرأي الأردنية، ص ١٢.

تحسبا من الوقوع فى دعوى أنكار أو نفى النسب من أطراف العلاقة وذلك لأهمية هذا التاريخ الذى حدده القانون فى أحقية رفع الدعوى من عدمه.

الأصل أن هذا حق مقرر للزوج بموجب القانون الوضعي الذى جعل للطفل المتولد بطرق التناسل الصناعي بين زوجين يثبت نسبه لأبيه الذي تكون من مائه وماء زوجته ولا يتعارض ذلك مع ما اشترطه القانون المصري من وجوب التلاقي بين الزوجين حتى يثبت النسب أو تسمع دعوى الإنكار له لأن التلاقي هنا يفهم علي أنه قرار للمعيار البيولوجي الذي قرره رسول الله — ﷺ — من قوله "النسب للفراش وللعاهر الحجر".

هذا في حالة الإنجاب الطبيعي أو الصناعى بالشروط التى سبق وأن ذكرناها وعلى الرغم من ذلك نرى من جانبنا أنه لا يحق للزوج أو الأب الجينى للمولود من تأجير الرحم أن ينفى أو ينكر نسب المولود منه والعلة فى ذلك من وجهة نظرنا أنه ارتضى فى الدخول فى مخاطرة بإنجاب طفل من رحم مستأجر بهذه الوسيلة فالمفترض أن يكون التأكد من براءة رحم المرأة قبل غرس النطف فيها قد تم بالفعل وبالرغم من أن المفترض أن يمتنع الزوج عن معاشرة زوجته صاحبة الرحم المستأجر طوال فترة الحمل الا أنه لا يحق لأحد حبس حق الزوج فى الاستمتاع أو معاشرة زوجته بالإضافة إلى أن المولود الذى أتى لا يوجد ذنب له فى المجيء بهذه الطريقة.

وخلاصة القول أننا نرى أن الآثار المترتبة على النسب: يراد بها النتائج المترتبة عليه. فإذا ثبت النسب ولومن نكاح فاسد أو وطء بشبهة ترتب عليه جميع نتائج القرابة فيمنع الزواج في الدرجات الممنوعة علي وفق ما حرمه الكتاب والسنة من النساء وتستحق به نفقة القرابة ويستحق به الإرث. ودعاوى النسب عديدة وموضوعاتها مختلفة وقد أطال فيها الفقهاء، ونحن لا نرى داعياً للأخذ فيما أخذوا فيه، ولكن نختم الكلام عنها بهذه المسألة.

وهى إذا كان صبى بين رجل مسلم له، نصرانى، فأدعى الأول أنه عبده، على حين ادعى الثانى أنه ابنه، وأقام كل منهما البينة على دعواه — يقضى به للنصراني ويكن حراً ؛ لأنه بذلك ينال فوراً شرف الحرية التى ليس فى وسعه اكتسابها بنفسه، ثم يصل فيما بعد للإسلام بعقله حين تظهر له الأدلة على

أنه خاتم الأديان السماوية. ولكن لو ادعى كل منهما أنه ابن له، كان الحكم به للمسلم أولى، نظراً لصالح الولد نفسه[1].أى أنه يفهم من هذا أن المهم فى موضوع النسب هو الصالح والأنسب إلى المولود.

المبحث الثانى

الأثار التى تترتب على ثبوت النسب

من الأثار المترتبة على النسب اثنا عشر حكما ولعدم الإطالة سوف نذكر منها ما يفيد بحثنا التى منها: الميراث والحضانة وأخيرا الرضاعة.

ورغم ما تبين لنا من التناقض الكبير حول الإنجاب الطبيعي والإنجاب الصناعى بالاستعانة برحم الغير الا أنه أعطى هذا الحق فى ثبوت النسب لمن ولد نتيجة النقاء طبيعي أو صناعى مع الاحتفاظ بتحريم الأنتساب إلى غير الأب، كما حرم علي النساء أن ينسبوا أولادهم لغير أبيهم الحقيقي يقول رسول الله — ﷺ "أيما امرأة أدخلت علي قوم من ليس منهم فليست من الله في شئ ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو نظر ليه احتجب الله تعالى منه وفضحه علي رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة"[2].

ورتبت على ذلك البطلان، والدليل على ذلك ما ذكرته آيات الذكر الحكيم فى كتاب الله العزيز" وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فأن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليهم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما"[3].

---

(١) الهداية وتكملة فتح القدير، جـ٦ ص٢٧٢ — ٢٧٣.

(٢) الجامع الصغير، للسيوطي، الجزء الأول، ص ١١٨- كذلك فقد حرمت الجنة علي الوليد الذي يسعى لأن ينتسب لغير أبيه ووصف بالكافر في قوله ﷺ: "لا ترغبوا عن آبائكم فمن يرغب عن أبيه قد كفر"(صحيح مسلم، ج١، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣م، ص ٧٩، (كتاب الإيمان، رقم ١١٣).
وقوله رضوان الله عليه: "من ادعى إلي غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"- صحيح البخاري، ج٣، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٤٠٠ هجري، ص ١٥٧، (كتاب المغازي — باب غزوة الطائف، رقم ٣٢٦).

(٣) سورة الاحزاب من الآية ٤ والاية ٥

=

كذلك فان القانون الوضعي جعل أول حق من حقوق الطفل بعد ولادته وجود اسم له يميزه عن غيره من الأشخاص[1]. وهذا تصديق لقول رسول الله - ﷺ - (من حق الولد علي الوالد أن يحسن اسمه ويحسن أدبه) وقال (أنكم تنادون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم) وقد اختار النبي- ﷺ- لأولاده أحسن الأسماء.

أما بالنسبة للولد من غير زواج كل حقوق الابن الشرعي في مواجهة أبويه[2].

ولذا فأن فضيلة الأمام الاكبر الشيخ / جاد الحق شيخ الازهر السابق قد اعترض علي التبني وحرية التدين اللذين كانت تنص عليها الاتفاقية الامم المتحدة لحقوق الطفل سنة ١٩٨٩م وقد أخذ برأية وجاء في أعمال المؤتمر وقد وضعت التحفظات التي أثيرت حول بعض مواد مشروع الاتفاقية الخاصة بحرية الطفل في اختيار العقيدة والتبني موضع الأعتبار من جانب الفريق العامل عند اعادة الصياغة في القراءة الثانية التي تمت في جنيف " في الفترة من من (١١/٢٩ – ١٩٨٨/١٢/٩) ومن ثم فقد أصبح مشروع الاتفاقية بوضعه الراهن لا يتعارض في اي مادة من مواده مع احكام الشريعة الإسلامية ولذلك تنص المادة ٢٢ من الاتفاقية علي أن : " تضمن الدول التي تقر أو تجيز التبني الخ : وعلي ذلك فهذا النص لا يلزم الا الدول التي تقر أو تجيز التبني والدول الإسلامية ليست منها – د/ محمد عبد الجواد محمد. حماية الامومة والطفولة ص٣٥٣ وما بعدها –

- وكذلك بعض الأحاديث أن من أنتسب إلى غير أبيه ، ملعون من الله – والعياذ بالله – كما أنه لا يقبل منه أى طاعة أو قربة ، وهذا تسليما لما ورد عن الرسول – ﷺ – قال: " ومن ادعى إلى غير أبيه ، وأنتمي إلى غير مواليه ، فعليه لعنة الله ، والملائكة ، والناس أجمعين ، لا يقبل منه صرف ولا عدل - الترمذى ج٤ ص٤٣٤. الحديث ٢١٢١. كتاب الوصايا ، ابن ماجة ج٢ ص٩٠٥ الحديثى ٢٧١٢ كتاب الوصايا. والفظ لإبن ماجة.

(١) قسم القانون المدنى الاسم إلى عنصرين :

- الاسم الشخصي : وهو ما يطلق علي الشخص عقب الولادة ليميزه عن غيره
- اللقب : وهو اسم الأسرة أو العائلة التي ينتمي إليها الفرد وهذا ما نصت عليه صراحة فى المواد الاتيه من القانون المدنى - (١) المادة ٣٨ من القانون المدني حيث جاء فيها ما يأتي : " يكون لكل شخص اسم ولقب واعتبر القانون المدني الاسم من الحقوق الشخصية التي يجب حمايتها مثل بقية الحقوق الشخصية

كما نصت المادة ٥٠ منه علي ما يأتي : " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق اللازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر (٢)"١

وأخيرا نصت المادة ٥١ منه أيضاً علي أن :- لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ومن أنتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

(٢) دستور يوغوسلافيا لسنة ١٩٦٣ ، المادة (٥٨).

نصت جميع الدساتير[1] علي تمتع الأطفال غير الشرعيين أي هؤلاء المولودين من غير زواج رسمي بنفس حقوق الأولاد المولودين نتيجة زواج رسمي تعترف به الدولة والتي تتمثل أساسا في الأنفاق عليهم وتربيتهم.

ومن الملاحظ كذلك أن معظم الدساتير التي تنص علي ضمانات خاصة للأطفال غير الشرعيين هي دساتير لدول اشتراكية (بلغاريا، بولندا، يوغوسلافيا).

وتقرير هذه الحقوق لطفل غير الشرعي يبدو أمراً منطقياً. إذ لا ذنب له فيما جناه غيره ولا ينبغي أن يزر وزراً ارتكبه غيره.أو أن يجنى الطفل ثمار ما حصده والداه واهتمام الدساتيربتقرير تلك الحقوق لهؤلاء الأطفال إلى حد كبير من المعاناة النفسية التي قد يعانون منها لشعورهم بأنهم ولدوا خارج نطاق الزواج أمرلابد منه.

المطلب الاول

الميراث

لا شك من أن هناك بعض المشاكل المتعلقة بالميراث[2]. وإن لم تكن موجودة فى الماضى. إلا أنها بدات تظهر وبوضوح فى الأونة الاخيرة — ويرجع

---

(١) وبينما تلقى بعضاً من هذه الدساتير عبء ضمان هذه الحقوق علي الأبوين دون أن تلزم الدولة بشئ في هذا الصدد - فأن البعض الآخر من الدساتير ألزم الدولة بتأمين هذه الواجبات الملقاة علي عاتق الآباء عند عجزهم عن ا(ومثال ذلك الدستور اليوغوسلافي لسنة ١٩٦٣ لوفاء بها.(ومثال ذلك الدستور الايطالي لسنة ١٩٤٧)
وعلى العكس من ذلك ألزمت بعض الدساتير المشرع بكفالة هذه الحقوق لهؤلاء الأطفال دون أن تهتم بمدى مقدرة الأبوين المادية من عدمها(ومثال ذلك دستور ألمانيا الاتحادية لسنة ١٩٤٩ ودستور بلغاريا لسنة ١٩٤٨ ودستور بولندا لسنة ١٩٥٢)
ويتفق ما ورد بالدساتير السابقة مع المبدأ الأول الوارد بالاعلان العالمي لحقوق الطفل والذي يقرر تمتع الأطفال بالحقوق الواردة بهذا الاعلان دون أي استثناء أو تمييز بسبب الميلاد أو بسبب أي وضع آخر للأطفال أو لأسرهم.

(٢) الميراث فى اللغة له معان كثيرة منها - انتقال الشئ من قوم إلى قوم آخرين حقيقة أو معنى [2] الميراث فى الاصطلاح الشرعى له تعريفات عديدة منها أنه :
- عبارة عن اسم لما يستحقه الوارث من مورثه أو هو عبارة عن انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة - هو قواعد من الفقه والحساب
يعرف بها ما يخص كل ذي حق فى التركة ونصيب كل وارث منها - رائد الطلاب — جبرأن مسعود

السبب فى ذلك إلى ظهور المستحدثات الطبية فى مجال الإنجاب الاصطناعى وتعدد الوسائل المحققه للحمل وكذلك الإنجاب.. وجدير بالذكر من أهم المشاكل المتعلقة بالميراث والتى تظهر في نطاق ممارسات الإنجاب ميراث المولود من الأرحام المستأجرة وخاصة بعد أن تباينت الآراء حول الأم التي ينسب إليها المولود، فهناك من قال بأن الأم هي الأم الجينية وبالتالى هى التي ترث المولود ويرثها. وهناك من قال بأن الأم هي الأم الرحمية، أى الوالدية التى حملت وولدت وكذلك هي التي ترثه ويرثها، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى هناك مسألة فى غاية الاهمية والخطورة وهى مدى احقية ميراث الولد من الأب.

أى أنه من ناحية الأب الذى سيرثه الولد هل هو الأب البيولوجي أم الأب صاحب فراش المرأة المستأجر رحمها مع الأخذ فى الإعتبار أننا لما حاولنا تصنيف الحقوق إلى أصحابها فى ميراث المولود من الرحم المستأجر جهة الأم ساعدنا وضع المولود بالنسبة أمه من الزنا.

وبعد أن ولد الولد وأصبح حقيقة واقعة ملموسة فى الحياة لابد بأن ننأى بأنفسنا عن غرائزنا المتمثلة فى إنجاب الولد شريطة أن يكون هدفنا الأساسى هو مصلحة الطفل لذلك تحتم علينا ضرورة اجتهاد العلماء لمواءمة التطور العلمي التدرجى فى مجال الإنجاب الصناعى.

أراء العلماء حول ميراث المولود من الرحم المستأجر:

كان الأمر فى البداية ينحصر حول البحث فى إمكانية ميراث المولود من الإنجاب الصناعى بين الزوجين وبدون تدخل طرف ثالث. وذهبت الآراء حول تأييد هذا النوع من الإنجاب وثبوت نسبه وبالتالى ثبوت الإرث شريطة تحقق أسبابه[1] ولكن سرعان ما تغيرت هذه الوسيلة بحجة التطور التكنولجى فى مجال

---

(١) المستحق للميراث بالنسب بغير واسطة: البنون والبنات والاباء والأمهات النسب الحقيقي: لقول الله سبحانه: (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله).
والمستحق للميراث بواسطة بينه وبين الميت.
النسب الحكمي: لقول الرسول ﷺ: (الولاء لحمة النسب) رواه ابن حباه وصححه./ الزواج الصحيح لقول الله سبحانه: (ولكم نصف ما ترك أزواجكم). / ذكور ينسون بذكور وهؤلاء هم العصبة كبني البنين وأن سلفوا وآباء الإباء وأن علوا والآخرة وبينهم وأن بعدوا والأعمام وبينهم وأن بعدوا/ فالتركة تقسم علي الأقارب من النسب علي
=

الإنجاب ولكن في الحقيقة لن يثمر هذا التطور إلا الحيرة ؛ فبعد أن كانت العلاقة بين الزوجين في مسائل الإنجاب وما يحيطهما من سرية وكتمان أصبح تدخل طرف ثالث شيئا من المعتاد وبالطبع سيتغير الحكم الشرعي بإختلاف الوسيلة المؤدية إلى الإنجاب ؛ ولذلك سوف نتناول عرض الآراء المتباينة باعتبارها نتاج ما منحه لنا اجتهاد العلماء حول مسألة ميراث المولود من الرحم المستأجر خاتمين هذه الباقة من الآراء العظيمة برأينا المتواضع.

والقاعدة التي يجب أن تلاحظ وتراعي وتؤخذ بعين الإعتبار هي (متى ثبت النسب ثبت الإرث) وبالرغم من عدم مشروعية تأجير الأرحام إلا أنه يثبت فيها النسب, وبناء عليه يرث فيها الولد ويورث

وموضوع النسب سبق ذكره وتبين أن هناك خلافاً بين العلماء في تحديد نسب طفل الرحم المؤجر وكان لنا دور في هذه الآراء, وما دام هذا الخلاف قائماً فحكم الميراث سيرتبط به، ولكن أكثر العلماء ذهبوا إلي أنها عملية قريبة وشبيهة بجريمة الزنا ؛ لذلك يستوجب علينا عرض الآراء لميراث المولود من جريمة الزنا حتى يتبين لنا أوجه المقارنة بين ابن الزنا وابن الرحم ؛ وذلك من خلال ما ذهب اليه أصحاب هذا الرأى[1] على أن ابن الرحم يعتبر ابن زنا مع العلم بأن أصحاب هذا الرأى انقسموا على أنفسهم إلى قسمين

أولا ثبوت ميراث ابن الرحم المستأجر من جهة الأم:

الرأى الأول:

يرى أن ابن الزنا يلحق في نسبة بأمه, أما من جهة الميراث فلا يحق لهذا الطفل أن يرث أمه وحاولوا قياس ذلك على ابن الرحم.

حيث رأى أن الطفل المتكون من تلقيح بويضة امرأة بماء رجل غير زوجها فيه معنى الزنا، والحكم الشرعي فيه أن يلحق هذا الطفل في نسب أمه،

=

حسب أنصابهم الشرعية سواء كانوا أصحاب فروض أو عصبات أو من ذوي الأرحام، بالإضافة الى زوجين

(١) حوار مع فضيلة الأستاذ الجليل الشيخ عبد اللطيف عبد الغني حمزة مفتي الديار المصرية/ مجلة المسلمون/ ع ٤٤/ ١٨ ذى القعدة ١٤٠٢ هـ ٢٣- ٢٥/ لندن

فابن الزنى يلحق في نسبة بأمه لأنه غير ثابت النسب للأب إما من جهة الميراث فلا يحق لهذا الطفل أن يرث أمه لأنه ابن غير شرعي. ويتوقف الحكم علي اعتبار عملية إجارة الأرحام زنا فتأخذ أحكام الزنا، فإذا اعتبر الفقهاء المولود من الرحم المؤجر هو ابن زنا فيثبت نسبه من أمه ولا يثبت من أبيه وهذا قطعاً كما أسلفنا، لأن الشرع لم يعتبر الزنا طريقا مشروعاً لاتصال الرجل بالمرأة، كما أن أبوته له ليس مقطوعاً فيه، إذ ربما يكون أبوه شخصاً آخر لأنه ثبت شبهة الاختلاط، وعلى هذا فلا توارث بين ولد الزنا وبين أبيه ولا أحد من أقارب أبيه بإجماع المذاهب الأربعة.

الرأى الثانى:

اتفق أصحاب هذا الرأى مع الرأى السابق من جهة أن ابن الزنا يلحق في نسبة بأمه. ولكنهم اختلفوا معهم حول مسألة الميراث فذهبوا إلى أحقية نسب الطفل فى أن يرث أمه.

وعلى ذلك وتعقب أحد الأراء[1] على هذه الفتوى قائلاً: وأما قول فضيلته: أنه لا يرث من أمه شيئاً لأنه ابن غير شرعي ففيه نظر؛ لأنه مخالف لقواعد الميراث الشرعي، وذلك للأسباب آلاتية:

- أن ميراث الأقارب منوط بثبوت النسب، فكلما كان النسب ثابتاً تبعه الميراث، وكلما أنتفى النسب أنتفى الميراث من طريق القرابة.
- أن فقهاء المذاهب نصوا علي أن ولد الملاعنة وولد الزنا يلحق نسبه بأمه.

ولذلك ذهب بعض الفقهاء[2] إلي وجوب ميراث ابن الزنا من أمه قائلاً: (ولا شك أنه إذا ألحق نسبه بأمه ثبتت بينهما وبينه جميع أحكام البنوة والأمومة: من حرمة النكاح، وحرمة المصاهرة، والنفقة والميراث، فترثه أمه ويرثها هو بلا خلاف في ذلك).

- الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي رحمهم الله تعالى، قالوا: (أن ولد الزنا يرث أمه وأخوته من الأم بالفرض لا غير وترثه أمه وأخوته من أمه فرضاً لا

---

(١) الشيخ مصطفى احمد الزرقاء المرجع السابق.
(٢) الشيخ مصطفى الزرقاء — المرجع السابق.

غير، ويرد عليهم الباقي أو عند القائلين بالرد أو يكون لبيت مال المسلمين عند من لا يقول بالرد).

- الأمام أبو حنيفة رحمه الله وأهل البصرة قالوا بالرد.
- سيدنا زيد بن ثابت وابن عباس وسعيد بن المسيب رضى الله عنهم والإمام مالك والشافعي رحمهم الله قالوا: الثلث للأم والباقي لبيت مال المسلمين. وفي كتاب الدر المختار أحد كتب الحنفية: (ويرث ولد الزنا واللعان بجهة الأم فقط).
- كما ذهب الشيخ محمود شلتوت - رحمه الله - حيث قال أنها عملية قريبة وشبيهة بجريمة الزنا ولولا قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا فقد اعتبرها جريمة، وإضافة إلي ذلك فقد اثبت في بحث النسب أن هذه العملية قد ينتج عنها اختلاط الأنساب فهناك علة مشتركة بينهما وبين الزنا هي عدم تحقق مقصد حفظ النسب.

ثانيا: ثبوت ميراث إبن الرحم المستأجر من جهة الأب

- أما من جهة الأب فقد اتجه ابن حزم إلي نفي ثبوت ميراث ابن الزنا من أبيه قائلاً: (ولد الزنا[1] لا يرثه الذي تخلق من نطفته وليس عليه حق الأبوة في بر ولا نفقة ولا تحريم ولا في غير ذلك وهو منه أجنبي).

وذهب البعض[2] قائلاً: (وكل من ولد الزنا وولد اللعان لا توارث بينه وبين أبيه وقرابة أبيه بالإجماع وأنما يرث بجهة الأم فقط لأن نسبه من جهة الأب منقطع فلا يرث به، ومن جهة أمه ثابت وقائم، فنسبه لأمه قطعاً، لأن الشرع لم يعتبر الزنا طريقا مشروعاً لإثبات النسب.

---

(١) من موانع الإرث ابن الزنا هو المولود من غير زواج شرعي وابن الملاعنة هو الذي نفي الزوج الشرعي نسبه منه وابن الزنا وابن الملاعنة لا توارث بينهما وبين أبويهما بإجماع المسلمين لانتفاء النسب الشرعي. وأنما التوارث بينهما وبين أميهما. فعن ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته في زمن النبي ﷺ وأنتفي من ولدها ففرق النبي بينهما وألحق الولد بالمرأة. رواه البخاري وأبو داود. ولفظه: "جعل رسول الله ﷺ ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها" ونص مادة (٤٧) من قانون الميراث: "يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرابتها وترثهما الأم وقرابتها".

(٢) د. وهبه الزحيلي في كتاب الفقه الإسلامي وأدلته – المرجع السابق

وبعد هذا العرض الوجيز الذى قمنا به لحكم ميراث طفل الزنا، بناء على ما أوردته آراء العلماء والفقهاء نحو مدى انطباق الحكم السابق على طفل الأرحام، يبقى لدى أن أقوم بدراسة حكم ميراث المولود من إجارة الأرحام وذلك من خلال عرضنا للأدلة التى استندنا عليها.

الخلاف حول لمن يثبت إليها قواعد الميراث الشرعى هل هى الام الجينية, أم الأم الرحمية:

الرأى الذى ذهب إلى عدم ثبوت الميراث إلى الأم الرحمية

- كما ذهب البعض[١] فى مسألة الرحم المستأجر[٢] إلي عدم توريث الطفل المتولد من هذه العملية من المرأة صاحبة الرحم, ولا ينسبون لها صفة أم الأصلية, إنما صفة الأم الحاضنة قياسا علي المرضعة، .... وفي هذه الحالة نسب الولد يكون للزوجين مصدر اللقيحة، أما المتطوعة بالحمل فأنها لا تعتبر أماً نسبية قطعاً، ولا توارث بينها وبين هذا الولد، ولكنها تعتبر كالأم الرضاعية).

- وهذا ما ذهب اليه أيضاً بعضا من الفقهاء المعاصرين - جزاهم الله عنا خير الجزاء - [٣] فى ترجيح الرأي القائل بأن الأم هي صاحبة البويضة، لا التي حملت وبالتالي فإنها هي التي يرثها الجنين، وترثه، وذلك لأن الميراث والوصية فرعا ثبوت النسب، فإذا ثبت النسب ثبت الميراث وقواعد الوصية للوارث، وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الميراث ولا قواعد الوصية للوارث.

رأى الباحثه:

وما زال الخلاف قائم بين العلماء والفقهاء في ثبوت أمومة الطفل، من هي الأم التي ترث منه ويرث منها وبناء عليه نحن نؤيد الرأى القائل بأن الأم

---

(١) الشيخ مصطفى الزرقاء - المرجع السابق.

(٢) حيث قال: ومن حالات التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب التي لا يثبت فيها نسب بين الطفل والمرأة التي حملته، هي الحالة التي لا تكون فيها البيضة الأنثوية مأخوذة من المرأة التي زرعت اللقيحة في رحمها: ويتبع قائلا.. فتؤخذ منها البويضة ويؤخذ الحيوان المنوي من زوجها فتلقح به في أنبوب الاختبار، ثم تؤخذ اللقيحة في الوقت المناسب، فتزرع في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها، فينمو الجنين في رحمها إلي أن تلده في نهاية الحمل ولادة طبيعية ويسمونها: الأم المستعارة

(٣) د/ عطا السنباطى - بنوك النطف والاجنه - المرجع السابق - ص

الوالدية صاحبة الرحم التي حملت ووضعت هي التي ترثه ويرث منها وهي الأم الأصلية أما صاحبة البييضة فأني أرى أنها لم تبذل أدنى جهد ولم تشعر بأي مشقة أو تعب في هذا الجنين أما غرس نطفتها في رحم غيرها ما هي إلا عطاء أو هبة كزرع الأعضاء أو كأنما أهدرت بويضتها ولو لم تقصد ذلك ولعدم الإطالة والتكرارسبق أن تحدثنا عن طبيعة هذه المنتجات الجسدية من قبل. فمسألة ميراث المولود من الأم البيولوجية مسألة غير واردة بالنسبة لنا وذلك للأسباب سالفة الذكر التى منها أن اعتقادنا بأن هذا المرأة تنازلت عن نطفتها لصاحبة الرحم لا يشوبه أى شك، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون هناك وسيلة قانونية أخرى بخلاف الميراث تمكن الأم البيولوجية من منح المولود المتكون من نطفتها بالهبة[١] التى تريد أن تعطيه إياها حتى ولو مازال جنينا وهذا لصالحة ولكن يتعين لكى ترتب الهبة أثرها أن يولد الطفل حيا.

وإنني أميل إلي أن صاحبة الرحم هي الأم الحقيقية بناء على الأدلة التى عرضناها والتى نؤكدها بقوله تعالى: (للرجال نصيب مما ترك الوالدان....)[٢] فالذي يرث هو الطفل الذي ولدته لا التي أخذت منها البويضة[٣]. وأن كنا نرى أنه فقط يرث أمه وعصاباتها وكذلك هى أيضاً ترثه، وبنينا رأينا هذا على أساس أفضلية وضع المولود من الرحم المستأجر عن وضع المولود من الزنا. وإأن كان احتمال اختلاط الأنساب وارد فى كلاهما فأن كان نسب المولود من الزنا يثبت للأم التى وضعته فمن الأدعى يثبت كذلك للام الرحمية، وبالتالى يثبت الميراث بثبوت النسب.

(١) يتجه جانب من الفقه المصرى إلى جواز الهبة للحمل المستكن. وتنص بعض القوانين الأخرى على ذلك. ولا مانع فى هذا الصدد من النص على جواز الهبة للحمل المستكن ويتم قبولها ممن يمثلونه. فإذا ما ورد نص كهذا، أمكن لمن يمثل الحمل المستكن قبول الهبة. ويكفى أن يتحقق الحمل وقت الهبة، . وهذا النص المقترح سيكون شاملاً للحمل بصفة عامة، ولو كان عن طريق الرحم المستأجر، وفى هذه الحالة يقبلها من يمثل الحمل المستكن.

(٢) سورة النساء: من الآية ٧.

(٣) زياد أحمد سلامة: المرجع السابق، ١٣٧.

أما بالنسبة أحقية ميراث الولد من الأب لا شك من أن فى الأحوال التى يكتسب فيها الولد النسب من الأب سواء أكان بإقراره صراحة أو ضمنيا فإن هذا الاستحقاق يتبعه الميراث، وذلك لأن الميراث فرعا ثبوت النسب، فإذا ثبت النسب ثبت الميراث للوارث، وإذا أنتفى النسب أنتفى الميراث فالرأي الراجح لدينا بما أنه يثبت نسب المولود من علاقة الزنا للزانى إذا اقره. وبالتالى يثبت الميراث وقياسا على ذلك فمن الأولى أن يثبت النسب ويتبعه الإرث لصاحب النطفة الذكرية فى حالة أنكار الزوج صاحب فراش الأم الرحمية نسب الولد. إلا أنه هناك بعضا من المشاكل سوف تواجهنا بالرغم من ثبوت النسب للمولود، من أمثلتها :

١- فى حالة إذا كانت الأم بالرحم منفردة وبالتالى ثبوت النسب للأب الجينى ثم توفى الأب يوقف نصيب الجنين حتى يولد ويتبين نوعه :

- وعلي ذلك فإذا قامت بينه بموت الجنين المجمد ، أثناء مراحل أتمام عملية تأجير الرحم فأن ماله يقسم بين الورثة الموجدين آنذاك. وعلي العكس إذا زرع في رحم بعد ذلك، واستمر في نموه وتطوره حتى وصل لمراحله الأخيرة وأنفصل من الرحم حيا بعد ذلك، فأنه يأخذ نصيبه من الورثة،

٢- ما مدى جواز تعيين الأب البيولوجي وصى للحمل المستأجر مع العلم بأننا سبق وأيدنا أن نسب وميراث لمولود يتبع لصاحب الفراش وهو زوج صاحبة الرحم ؟

يجيز قانون الولاية على المال فى مصر (فى المادتين ٢٨، ٢٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) للأب أن يقيم وصيا مختاراً للحمل المستكن، كما يجعل القانون للمحكمة أن تعين وصياً للحمل المستكن إذا لم يكن له وصى.

٣- وضع ميراث الجنين (نطفة الأمشاج خاصة الزوجين الأبوين البيولوجيين) قبل الغرس فى الرحم المستأجر وحتى ميلاده "

❖ ما هو الوقت المحدد الذى يبدأ منه الحمل لتعيين إستحقاق اللإرث طبقاً لما يقضى به قانون المواريث فى المواد(٢، ٤٢، ٤٣، ٤٤)وكذلك ما هو الوقت المحدد لجواز الإيصاء طبقاً لما يقره قانون الوصية فى المادتين ٣٥، ٣٦ للمولود من عملية تأجير الأرحام؟

نطفة الأمشاج المحفوظة فى البنك أو الموجودة فى المعمل إلى حين غرسها فى الرحم المستأجر أو ما يسمى اصطلاحا بالجنين المجمد، هل يوقف له نصيب فى الميراث كالحمل؟ وإذا كانت الاجابة بنعم، فإلى متى؟

والذي أثار تلك المشكلة، أن فترة الحمل بعد أن كانت متصلة ومدتها واحدة، أصبحت مقسمة إلى مدتين.

ولذلك نرى أن المشكلة تبدأ منذ لحظة تخصيب نطف الزوجين وتنحصر فى كيفية تحديد الوقت الذى يبدأ منه الحمل هل بنجاح الإخصاب بنطف الزوجين خارج الرحم وقبل الغرس أم منذ نجاحه داخل الأنبوب وبعد نقل النطفة المخلقة إلى الرحم المستأجر.

أولا : لو ذهب الرأى إلى أن الحمل يبدأ من الوقت الذى يتم فيه الإخصاب خارج الرحم فأنه من بداية هذا الوقت يثار الحديث عن الآثار التى تترتب على الحمل.

وإذا ذهب الرأى إلى أن الحمل لا يكون إلا من وقت نجاح الإخصاب داخل الرحم المستأجر، فأن الآثار التى تترتب على الحمل المذكورة لا تترتب إلا من وقت الغرس داخل الرحم.واستند أصحاب هذا الرأى إلى تأييد القانون وقواعد الشريعة الإسلامية إلى ما جاء بالقرآن الكريم " حملته أمه وهناً على وهن " وقوله تعالى: "حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً و"حمله وفصاله ثلاثون شهراً.. ... ". وهذه هى المرحلة التى قصر فيها العلم على المولى جل شأنه " ويعلم ما فى الأرحام ".وهى التى يوصف فيها الحمل " بالحمل المستكن ". كما أنها المرحلة التى يتحدد بها وضع الجنين من أسرة والديه ومورثيه، حيث يتعين إستحقاقه للإرث طبقاً لما يقضى به قانون المواريث فى المواد (٢، ٤٢، ٤٣، ٤٤) كما يجوز له الإيصاء طبقاً لما يقره قانون الوصية فى المادتين(٣٥، ٣٦) فهذا ما ذهب اليه القانون، خاصة ما تعلق منها بالمدة. " حمله وفصاله ثلاثون شهراً ".. .. فان الأمر يتعلق بالحمل والفصال. والجدير بالذكر هو ما يثار حول أقصى مدة للحمل وأقلها. إذ لو قيل أن الحمل يبدأ من وقت نجاح الإخصاب فى الأنبوبة لأختلفت المدة عما لو قيل بأنه من وقت نجاح الإخصاب فى الرحم.

نرى أن الأصل فى الأحوال التى يتم فيها رجوع النطفة المخصبة إلى رحم نفس الأم الطبيعية تحتسب فيها بداية الحمل منذ لحظة نجاح التخصيب خارج الرحم ولا تتعارض مع ما جاء بالآيات القرآنية لأن الأمر سينتهي إلى أن ينقل بعد ذلك إلى رحم الأم فتحمل الأم الجنين، وعندئذ لا يوجد ما يعارض نصوص القرآن سابقة الذكر ورغم تأييدنا لوجهة النظر السابقة ، الا أنه (سيسبب هذا مشكلة عميقة فى مسألة الرحم المستأجر).

ويرجع السبب فى ذلك إلى اختلاف الآثار المترتبة من ميراث وحضانه ورضاعة... فى حالة قبل غرس نطفة الأمشاج وأثناء وجودها فى الأنبوب المعملى وبعد غرسها فى الرحم المستأجر؟

ببساطة شديدة أثناء وجود نطفة الأمشاج فى المعمل أى قبل الزرع أو الغرس فى الرحم المستأجر تكون التبعية إلى الوالدين البيولوجيين. وبالتالى تنصرف جميع الآثار القانونية المترتبة من حقوق للجنين عليهم باعتبار أنهم الوالدين، أما بعد وضع النطفة فى رحم المستأجر وتكملة الرحلة فى مكانها الطبيعي وهو الرحم الطبيعي بصرف النظر عن لمن يكون هذا الرحم هل للام الوالدية أو للام الجينية المهم أن الرحم هو المكان الطبيعة الذى يأوي هذا الجنين ثم يتبع ذلك انصراف جميع حقوقه السابق ذكرها بموجب قانون المواريث فى المواد(٢ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤) يذكر نص القانون وغير ذلك من حقوق.. .....إلى الأم الوالدية وزوجها الذى وافق على هذا الوضع كما سبق ذكره فى الفصل السابق؟

مما سبق نجد أن فى الحمل المستأجر لحساب الغير احتساب مدة الحمل من لحظة التخصيب المعملى سيضعنا أمام مرحلتين للحمل وبالتالى سيتبع كل مرحلة الأثارها الخاصة بزويها ولكن لو سلمنا أن مدة الحمل تحسب منذ لحظة وضع نطفة الأمشاج فى الرحم المستأجر سنطبق مبدأ وحدة الحمل مثل الحمل العادى أو الطبيعي ونرى فى هذه الحالة ستحسب مدة الحمل منذ لحظة وضع نطفة الأمشاج فى الرحم المستأجر مع الاحتفاظ برأينا حول مسألة إتلاف النطفة المتخلقة يشكل صورة من صور الإجهاض، ينبغى أن تمتد إليه الحماية القانونية التى يقررها القانون، ويكون من المتعين مد حكم الإجهاض بنص خاص إلى حالة الإتلاف الذى يلحق نطفة الأمشاج التى يود (أصحابها) زرعها فى رحم الغير.

ماذا يحدث لو: أعتبرنا أن مدة الحمل تحتسب منذ بدء الإخصاب فى الأنبوبة أى بعد نجاح تلاقى نطف الزوجين واعتبارها نطفة أمشاج، فهل يجوز عدول الزوجين أو صاحبة الرحم المستأجر على تكملة الغرس داخل رحمها باعتبار أن النطفة قد خصبت بالفعل وبهذا نكون أمام مرحلة من المراحل التى ذكرها لنا القرآن الكريم من مراحل الحمل، وكذلك هل لو توفى الزوج بعد التخصيب وقبل غرس نطفة الأمشاج فى الرحم المستأجر يحق لورثته عند وفاته، أى اعتراض على تكملة رحلة الحمل فى رحم مستأجر؟ كما هل تجبر صاحبة الرحم المستأجر(بموجب الاتفاق العقدى المبرم بين أطراف العلاقة وخاصة لو قبضت مبلغ من المال) على إدخال النطفة المتخلقة فى رحمها؟.

وخلاصة القول أنه لا يحق للورثة منع أو اعتراض تكملة رحلة الحمل وهذا لانصراف رغبة صاحب النطفة أكمال ومواصلة هذه الرحلة وموته مصمم على إكمالها بعد أن أصبحت نطفة أمشاج. ويجرم موقف الوالدتين صاحبة النطفة وصاحبة الرحم إذا فكرا أن يتراجعا وقررا إهلاك هذه النطفة. المهم فى النهاية نحن لا نؤيد بأى حال من الأحوال هلاك النطفة وذلك لعدم تأييدنا لجريمة الإجهاض، حتى ولو كانت فى مرحلة نطفة الامشاج والسبب فى تعليلنا هو ذكر الله - عز وجل - فى آيات الذكر الحكيم دور النطفة فى مراحل الحمل باعتبار أنها مرحلة من مراحله.

المطلب الثانى
الحق فى الحضانة

الحضانة تأخذ حكم الوجوب؛ لأن المحضون يهلك بتركها حيث أنه في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعاية الحاضنة. وهي نوع ولاية وسلطة يقدم فيها الإناث عن الرجال؛ لأنهن أفضل وأجدر بها وأشفق وأصبرعلي القيام بها وهي حق للأم ثم لمحارمها من الإناث فهل ينطبق على صاحبة الرحم أحكام الولاية أو الوصايا لو توافرت فيها الشروط الخاصة التى ينبغى أن تتوافر فى من له الحق فى الحضانه من الإناث[1].

---

(١) (أ) أن تكون قريبة للطفل وذات رحم محرم منه، وذلك كالأم والأخت والخالة والعمة. وعلى هذا، فلا حضانة لغير القريبة وأن كانت محرماً له كالأم أو الأخت من الرضاع، =

أ ـ صاحب الحق في الحضانة :

من هو صاحب الحق فى الحضانة[1]؟ هل هو حق لله تعالى؟ ومن ثم سيتعلق بالنظام العام أم أنه حق الحاضنة فلا تجبر عليها عندئذ أم حق المحضون أم حق الأب؟ أو من يقوم مقامه فان أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليها؟ أولا وأن تعارضت قدم حق المحضون علي غيره."لأن مدار الحضانة على نفع الولد، وذلك فمناط ضم الصغير ليس مجرد ثبوت حق الأم فحسب وأنما

=

ولا للقريب غير المحرم كبنت العم أو العمة أو الخال أو الخالة (وأنظر البدائع، ج٤ ص٤٢.)

(ب) ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير (لما رواه احمد وغيره أن امرأة قالت: يا رسول الله أن ابني هذا كأن بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه أنه ينزعة مني فقال: " أنت أحق به ما لم تنكحي ")

لأن هناك احتمال أن يشعر المحضون بعدم ارتياح وبالجفاء والذلة من زوج أمه. ولهذا لو تزوجت الأم بعم صغيرها لا يسقط حقها فى الحضانة، لأن العم قريب من الأب فى حب الطفل والحدب عليه

(جـ) ألا تكون مرتدة، لأنها حينئذ يجب أن تحبس حتى ترجع إلى الإسلام أوتموت، فلا تصلح إذن لهذه المهمة ولو رجعت إلي الدين عادلها حق الحضانة، وهكذا فى كل سبب سقط حق الحضانة من أجله، فأن هذا الحق يعود لصاحبه متى زال السبب الذى كان علة سقوطه.

حتى ذهب رأى بعضا من الفقه أن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد إستولت عليها محبة الله تعالي وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها (د. محمد يوسف موسى: أحكام الأحوال الشخصية ج١ سنة ١٩٥٦ ص٣٩٤ من الهامش)

وسقطت عنها الحضانة ولا يرى الأحناف (البدائع ج٤، ص٤٢، الشرح الكبير ج٢، ص٥٢٩).

والمالكية ضرورة إسلام الحاضنة إذا كان الصغير مسلماً، لأن الشفقة هى أساس رعاية الصغير وهو فطرة إنسانية لا تختلف بتنوع الأديان. ويخالف فى ذلك الشافعية (والحنابلة، لأن الحضانة عندهم ولاية ولا ولاية لغيرالمسلم على المسلم.

والأرجح رأى الأحناف والمالكية، وهو ما عليه العمل أمام القضاء المصري. وأن كنا نرى سقوط حضانة المرتدة حتى تعود إلى الإسلام وهذا رأى الأحناف كما نص عليه "الكاسانى" (البدائع ج٤ ص٤٢).

(١) معنى الحضانة فى لغة: مأخوذة من الحضن وهو الجنب والضم إليه. وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها وتسمي المرأة حاضنة

معنى الحضانة شرعاً: تربية ورعاية الطفل في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا

تعريف الحضانه عند السادة فقهاء الشافعية:

حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلح ويقيه ما يضره

المناط حيث هو انتفاء المضارة. فإذا كانت حق للمحضون علي أمه فهل تجبر الأم علي حضانته؟

لا توجد أية مشكلة فى ثبوت الحضانة لصاحبة الرحم المستأجر باعتبارها الأم الوالدية كما جاء فى كتاب الله. وخاصة عندما تنهض مشاعر الأمومة بها وتتراجع عن تسليم المولود إلى صاحبة النطفة الجينية باعتبار ما جاء فى العقد أو الاتفاق المنعقد بينهما. ستكون هى أولى بحضانة المولود لما شعرت به من مشاعرالأمومة المولودة مع الطفل. ولكن على الرغم من ذلك ، تبدأ المشكلة مع نزوح هذا الحق من الأم الرحمية لأى سبب من الأسباب أو الشروط الحق فى الحضانة فهل تنتقل الحضانة إلى الأب باعتباره زوج أم صاحبة الرحم وخاصة عندما يكون المولود أنثى ومعروف ماتحتاجة البنت من رعاية النساء خاصة فى سن معين أم من هى صاحبة الحق فى الحضانة بعد الأم الرحمية وما هو ترتيبها ضمن أصحاب الحقوق فى الحضانة ؟

ب ـ مناقشة الشروط الداعية لثبوت الحق فى حاضنة ابن الرحم المستأجر:

من الشروط التى تستحق منا التمحيص لتأثرها بمحل بحثنا شرط أن تكون الحاضن " قريبة للطفل وذات رحم محرم منه ، وذلك كالأم والأخت والخالة والعمة. وعلى هذا ، فلا حضانة لغير القريبة وأن كانت محرماً له كالأم أو الأخت من الرضاع ، ولا للقريب غير المحرم كبنت العم.. ..."[1]. فهل يصح تطبيق الشرط السابق على الأم الرحمية ومن يليها فى الترتيب :

لو طبقنا هذا الشرط على الأم الرحمية لأدى ذلك إلى أن الإخوة فى الرحم ليس لهم الحق فى الحضانة وليس هذا فحسب بل والأم الرحمية ذاتها لن يحق لها حضانة مولودها وبالطبع هذا تعسفا عليها ، وغير عادل وغير معقول لأنه يتعارض مع قول الله تعالى " أن أمهاتكن إلا اللائي والدتكم ، كما نعتقد من جانبنا أن هذا الشرط يعد ردا كافيا على أصحاب الآراء التى ذهبت إلى تأييد هذه العملية واستندت على انصراف دور الأم بالرحم كمثيلتها الأم الرضاعية. فهذا غير معقول لأنهم لو تساوى لن يبقى للام الرحمية الحق فى حضانة

(١) وأنظر البدائع ، ج٤ ص٤٢.

مولودها الذى تكون متضمنا مع تكوين جسدها وعند نزعه منها بالولادة اصبح جزء من الكل أما البذرة أى البييضة المخصبة. فهى رسول تنتقل من خلاله الصفات وراثية من الأجيال السابقة إلى الأجيال اللاحقة.

أما بالنسبة للأخوة فى الرحم وحفاظا على الأنساب من وقوعها فى الرزيلة فسوف نقوم بمحاولة استنباط تكييف وضع حق الأخوة من الرحم فى حضانة إخوتهم من والدتهم والعكس.

على الرغم من تحريم التبني فى الشريعة الإسلامية وبالطبع نحمد الله على طاعتنا لأوامره - عز وجل- ، كان نظام التبني قبل الاسلام يحق للابن بالتبني أن يرث من أبويه ويحرم عليه الزواج من إخوته لأبويه بالتبني بالرغم من مضار هذا النظام الذى حرمه الإسلام لرجحان عيوبه ومساوئه على مميزاته القليلة لكننا يمكن أن نستفيد من هذا القليل فى تكييف وضع الإخوة من الرحم على وضع الإخوة من المتبنى وكذلك وضع زوج الأم الرحمية.

بالنسبة إلى الإخوة قبل تحريم نظام التبني كان يحرم على الولد بالتبني الزواج من اخوته أولاد الرجل الذى تبناه. وبالتالى يحق له الحضانه ويحق لاخوته من أبويه بالتبنى حضانة أخيهم المتبنى وكذلك الميراث، أى أنه لا يوجد فرق بينه وبين إخوته. ويستفاد مما سبق جواز منح الأخوة بالرحم حق حضانة اخوهم وهذا يرجع إلى ارتباطهم بميلادهم من رحم واحد وتغذيتهم وتكوين أجسادهم من أم واحدة. وبالطبع سيتولد عندهم مشاعر الأخوة وستتوافر الرحمة فى قلوبهم تجاه رعاية الصغير باعتباره أخ لهم

أما بالنسبة لحق زوج الأم الرحمية فى حضانة المولود. وعلى الرغم من رأينا السابق فى تأييدنا لنسب المولود لزوج الأم الرحمية. وذلك تطبيقا لقاعدة الولد للفراش الا أنه بالنسبة إلى حق الحضانة يوجد لدينا بعض التحفظ. لا شك من أننا نهدف من وراء دراستنا هذه إلى مصلحة المولود أولا وأخيرا ، رغم تايدننا لنسب المولود إلى زوج الأم الرحمية الا أننا نرى أنه هناك احتمال بأن يكون هناك ضغينة عند زوج الأم الرحمية ؛ لأنه فى الغالب تكون هذه الشخصية غير متزنه ولن نقول غير سوية لأن هذا احتمال قائم ولأن موافقته على مثل اجراء هذه العمليه تجعلنا نشك فى إمكانية أن يكون هذا الرجل أبا يصلح لأن

يكون حاضنا لطفل وخاصة لو كانت المولودة أنثى. ونريد أن نجدر بالإشارة هنا أن رأينا فى مسالة نسب الطفل إلى زوج المرأة الرحمية. كان حفاظا منا على مستقبل المولود من الضياع وسط هذه الغوغاء

لذلك رأينا أن فى نسب المولود له ضرورة. وجعلنا الباب مفتوحا أمام المولود فى أن يكون هناك فرصة للأب البيولوجى عند عدم موافقة زوج الأم بالرحم على نسب هذا المولود، لكن على الرغم من ذلك وجدنا أن مسألة الحضانة مختلفه ؛ لأنها تربية ورعاية للصغير فى بيت هذا الرجل وإحساسه بعدم وجود صلة دم بين وبين الصغيرة وخاصة عندما تكبر وتكون فى سن حرج سوف يفتح بابا للرزيلة مما يجعله غير صالح لهذه الحضأنه وخاصة أن مثل هؤلاء الرجال فى الغالب تكون ثقافتهم بسيطة واحيأنا منعدمة وذلك لإقبالهم على مثل هذه العملية، لذلك نرى أنه ينبغى أن تترك مسألة حضأنة زوج الأم الرحمية فى تقديرها إلى القاضى.

وهذا ليس تجزئة فى رأينا لأننا سبق. وأن نسبنا الطفل إلى زوج الأم الرحمية. ولكن الدافع من هذا كان حفاظا على المولود من ألا يكون أب عند عدم موافقة ابويه على استلامه أو.. ...أما بالنسبة إلى عدم تأييدنا إلى إلحاقة بالحضانة هو خوفا منه على عدم رعاية الصغير لعدم وجود صلة دم بينهم. ولعل هذا كان من ضمن الأسباب التى جعلت الله - عز وجل- يحرم التبنى بعد ظهور الإسلام

أما رأينا فى مسألة وحدة الدين بالنسبة للحاضن والصغير. فلنا فيها وقفة وتعقيب فى عملية الرحم المستأجر. هناك احتمال أن تكون الأم تدين ديانة غير الإسلام شأنها شأن المرأة غير المسلمة التى تتزوج من الرجل المسلم وتكون حاضنة على أولادة. ولكن فى هذه الحالة لا يوجد لدينا اى اعتراض بأعتبار أن الحاضنة هى أم الصغير. فالذى يحكم مشاعرها ليست الديأنه بل الذى يوجه مشاعرها هى عاطفة الأمومة تجاه ابنائها ولكن يختلف الأمر إذا كانت الحاضنه هى غير الأم اى تليها فى الترتيب السابق وتدين غير الاسلام هنا يبدأ الأخذ فى الاحتياط لأنه سيكون الوضع بالنسبة لها تكليفى فهناك احتمال أن تقترن به

مـــشاعرها أو لا ولـــذلك لا نؤيـــد رأى فقهـــاء الـــسادة الأحنـــاف[1] والمالكية.

بالرغم من أن هذا ما ذهب عليه العمل أمام القضاء المصرى فى عدم ضرورة وحدة الدين. والراجح لدينا هو ما ذهب اليه رأى فقهائنا الشافعية ووالحنابلة ، بالإضافة أنهم يروا أن الحضأنة عندهم ولاية. ولا ولاية لغير المسلم على المسلم. وانطلاقا مما سبق هناك سؤال يطرح نفسه.

هل من حق الأم الرحمية الحاضنة للمولود التنقل والسفر بعيدا عن صاحبي البويضة والنطفة أم يحق لهم استصدار أمر بمنعها من السفروالتنقل دون الرجوع إليهم فى حال خوفهم بهروبها مع الصغير؟

لا يحق للأبوين البيولوجيين منع الأم الرحمية منعها من السفر ؛ وذلك لما تختص به هذه المرأة من استقلالية فى أمومتها ولكن فى حالة رفض زوجها نسب المولود ينسب الطفل إلى الأب الجينى وعندئذ نرى من وجهة نظرنا أن يطبق عليها جميع الأحكام السابقة[2].

---

(١) البدائع ج٤ ، ص٤٢ ، الشرح الكبير ج٢ ، ص٥٢٩. الدروحاشية ابن عابدين ، ج٢ ص٦٥٦ ، وراجع في هذه الشروط عند المالكية ، بالنسبة للحاضن رجلا أو إمرأة ، شرح الدردير وحشية الدسوقي ، ج٢ ص٥٣٨ – ٥٤٠.

(٢) وللقضاء الشرعي أحكام عديدة في القضايا الخاصة ومشاكلها وللكثير من هذه الأحكام دلالات وقواعد صدرت ومبادىء قررتها ، ونكتفي هنا بأن نشير إلي هذه الأحكام.
الحكم الأول : وقد صدر من محكمة كرموز الجزئية بتاريخ ١٠أبريل سنة ١٩٣٢ وتأييد من محكمة الإسكندرية الابتدائية في ٢٩ مايو سنة ١٩٣٢ وهو يقضي برفض دعوى أب طلب أبنته الصغير إليه ، لإقامة أمها وهي زوجته في بلد بعيد عن البلد الذي كان محل إقامتها وفيه عقد زواجيهما ، وهذا يسقط حقها شرعا في الحضانة.
وقد استندت المحكمة في حكمها إلي أن الثابت فقها أن الأم أحق بالحضانة قبل الفرقة وبعدها ، وأن نشوز الزوجة لا يسقط حقها في الحضانة ، وعلي الأب إذا أراد ضم الصغير إليه أن يطلب دخول أمه في طاعته ، مادامت الزوجية قائمة ، فأن لم يفعل وطلب ضم الصغير وحده كان ظالما ولا يجاب إلي طلبه لأن ذلك يفوت علي الأم حضانته وحق رؤيته ، وهكذا قرر هذا الحكم هذه القاعدة : " إذا انتقلت أم الصغير بولدها ولو إلي مكان بعيد فليس للأب حق نزعه منها مادامت الزوجية قائمة : لأن له عليها سلطان الزوجية وإدخالها في طاعته ، فيضمنه بضمها إليه ، وكذلك المعتدة لوجوب إسكانها بمسكن العدة " (المحاماة س٢ ص٦٥٧ وفي اسباب الحكم نصوص فقهية قيمة)
الحكم الثاني : وقد صدر من محكمة بيا الجزئية في ٢٥ مايو ١٩٣١ وتأيد أستئنافيا من محكمة بني سويف الكلية في ٢٠ يوليه ١٩٣١ ، وقد قرر هذه القاعدة ، يرفض طلب الأب ضم ابنه الصغير إليه لعدم تمكنه من الحضور من بلده إلي بلد أمه حاضنته لرؤيته والعودة قبل السبيل ، مادامت الأم مقيمة في بلد هي وطنها ولم يسكن بينها وبين بلد
=

المطلب الثالث
الرضاعة

تمهيد:

مما لا شك فى أن الرضاعة من الحقوق المترتبة علي الزواج ؛ باعتبار أنها حق

=

الأب التي ابتعد هو عنها تفاوت كبير يمنعه من الذهاب لرؤية ولده والعودة إلي بلد قبل الليل ".
سواء أكان ابتعاده عن ذلك البلد بإرادته أم بغير إرادته ، لأنه لا ذنب للحاضنة في هذا علي كل حال.
ويؤخذ من وقائع هذه الدعوى أن المدعي كن قد تزوج المدعي عليها في بلدها بني مزار ثم رزقت منه حال قيام الزوجية ببنت ، وطلقت منه في البلد المذكور ، وانتهت عدتها بوضع الحمل ، ثم أقامت المدعي عليها بمدينة "بي" وأخذت عليه حكما من محكمتها بحضانة الصغيرة بتاريخ ٢٩ أكتوبر.
سنة ١٩٣٠ حين كان المدعي مقيما ببني مزار ، وأنتهي الأمر بإقامته بأسيوط بحكم وظيفته ، حيث رفع هذه الدعوى طالبا ضم ابنته إليه وهي لا تزيد سنها علي سنتين وثمانية أشهر (المحاماة س٣ ص١٦٥)
"الحكم الثالث : " وقد صدر من محكمة دمنهور في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٧ ولم يستأنف ، وهو يقرر في حيثياته أن المنصوص عليه شرعا أن غير الأم الحاضنات ليس لها نقل الصغير من بلد أبيه إلا بإذنه ، ولكن بعض الفقهاء ، حول المنع علي المكانين المتفاوتين بحيث لو خرج الأب لرؤية والده لا يمكنه الرجوع إلي منزله قبل الليل ، لا المتقاربين حيث لم يفرق بين الأم وغيرها في ذلك. (مجلة القضاء الشرعي س٤ ص٣٦٦ وراجع مثل هذا في حكم محكمة الجمالية بتاريخ ١٥ ابريل ١٩٣١ المحاماة س٣ ص١٦٣)
وهكذا نري أنه من الضروري الوقوف علي أحكام القضاء التي تعتبر تطبيقا عمليا النصوص الفقهية ، ففيها تعالج مشاكل الحياة العملية ، وينظر القاشي لهذه النصوص علي ضوء الواقع في الحياة نفسها.
الحكم الرابع
حكم محكمة جرجا في ٢٣ بولية سنة ١٩٣٣ وهو يقرر أن لكل من الحاضنة والمحضون حقا في الحضانة الا أن حق المحضون أقوي من حق الحاضنة وأن إسقاط حقها في الحضانة لا يسقط حق الصغير.
حكم محكمة العياط في ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٨ وفيه أن تبرع غير الأم بنفقة المحضون الرضيع لا يسقط حقها في حضانة هذا الرضيع بل يبقي في يدها ولا ينزع منها مادام رضعيا وذلك حطي لا يضار الصغير برمانة من أمه التي هي أشفق الناس عليه وأكثرهم صبرا علي خدمته فيجب حينئذ أن يراعي في أحكامهم. راجع في هذه الأحكام المحاماة الشرعية ص٢ ع١٠ ص٩ س٥ ع١و٢ ص١٧٠ ص٣ ع٤ ص٣٥٧ (١- حكم محكمة المحلة في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ وقد قرر أن تنازل ابي الضغير عن الحكم بضمه بعد تجاوز سن الحضانة من حق الصغير شرعا وأن بقاء الصغير عند أبيه بعد بلوغة سن الحضانة من حق الصغير شرعا وأن حكم المحكمة بضم الصغير لأبيه هو المظهر الفعلي لحكم الشرع به وأنه إذا كان حكم المحكمة يتعدي أثره لغير المحكوم له (والغير في هذه القضية هو الصغير)) فلا يملك المحكوم له التنازل عن الحكم)

للطفل وخاصة فى الفترة الأولى من حياته. فاحتياجاتة تنحصر فى تغذيته بلبن الأم أو من يقوم بمقامها، وإلى العناية به عناية خاصة من قبل النساء، فالمرآة التي تُرضع المولود أن لم تكن أمه التي ولدته فغيرها، وإذا كان القرآن الكريم أطلق علي الوالدة أماً في قوله تعالى: [إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ اللاَّئِي وَلَدْنَهُمْ][1] أطلق علي المرضعة وأن لم تكن والدة أماً أيضاً. قال تعالى: [وَأُمَّهَاتُكُمْ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ][2] ويفهم من آيات الذكر الحكيم أن من خلال الرضاعة يكون المولود جزءاً آخر من أمه.

فالأصل أن يكون الإرضاع واجباً علي الأمهات بالشروط التى بنيت عليها مشروعية الرضاعة[3] والأنفاق عليهن واجبى على

---

(١) سورة المجادلة جزء الآية (٢).
(٢) سورة النساء جزء الآية (٢٣).
(٣) أولا: من القرآن الكريم
إرضاع الطفل مشروع بالقرآن الكريم والسنة المطهرة والإجماع والمعقول.
قوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ) (سورة البقرة جزء الآية (٢٣٣).
قوله تعالى: (وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى) سورة البقرة جزء الآية (٢٣٣).
وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين: أن الله – تعالى – أمر الوالدات بإرضاع الطفل إذا تعين ذلك عليهن لفقر أبيه مثلا أو لعدم من يقبل الرضيع ثديها، وأن الأم لو امتنعت عن إرضاع ولدها وكان الأب ذا قدرة وجب عليه أن يحضر مرضعة لإرضاع الصغير (أحكام القرآن للجصاص ١٠٧/٢، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، طبعة عام ١٩٨٥م، دار إحياء التراث العربي. وفي تفسير قوله تعالى: (لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ) يقول الإمام القرطبي: لا تأبى الأم أن ترضعه إضرارا بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها ولا يحل للأب أن يمنع الأم من ذلك مع رغبتها في الإرضاع وهذا قول جمهور المفسرين. الجامع لأحكام القرآن ١٦٧/٣.
ثانيا: السنة المطهرة:
عن عبد الله بن عمرو – رضي الله عنهما – قال: قال رسول الله – ﷺ – "كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت". (سبق تخريجه ص ٢٢٥.
وجه الدلالة من الحديث:
أن قوت الرضيع اللبن وأن قوته يقوم به أبوه، وبين النبي – ﷺ – إثم من يضيع من يقونه، فدل علي أن الرضاع مشروع، لأنه قوت الطفل.
ثالثا: الإجماع:
=

=

قال ابن المنذر: "وأجمعوا علي أن المرء نفقة أولاده الذين لا مال لهم".(الإجماع، تأليف: محمد بن إبراهيم بن المنذر، المتوفى سنة (٣١٨) هـ، تحقيق وتعليق: عبد الله عمر البارودي، دار الجنان، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م، ص ٨٤ وحكاه عنه ابن قدامة في المغني ٥٨٣/٧، دار البصائر.

رابعا: المعقول:

فلأن حياة الطفل قائمة علي الإرضاع وبدونه يتعرض للهلاك لذلك كان إرضاع الطفل مشروعا وواجبا والرضاع حق للطفل علي والديه بصرف النظر على الوسيلة المتبعة التي أنجب منها سواء أن كانت مشروعة أو غير مشروعة فإذا لم يوجدا، أو كانا عاجزين عن الرضاعة والأنفاق فحق الطفل في الرضاع يكون في بيت المال كأي فقير من فقراء المسلمين عند عجز والديه علي إرضاعه والدولة المسلمة التي تسير علي منهج الإسلام ملزمة برعاية جميع أفراد الأمة من حيث المرافق العامة والخدمات وهي ملزمة فوق هذا الالتزام العام بالأنفاق علي جميع الفقراء والعاجزين عن الكسب وهذا نموذج في الضمان الاجتماعي لم تصل اليه القوانين الوضعية مع أن الإسلام قد قرره منذ أربعة عشر قرنا. ومن الثابت تاريخيا أن من بين الأوقاف الخيرية التي أوقفها صلاح الدين الأيوبي "وقفا لإمداد الأمهات بالحليب اللازم لأطفالهن جعل في أحد أبواب قلعة دمشق ميزابا يسيل منه الحليب وميزابا آخر يسيل منه الماء المذاب بالسكر فتأتي الأمهات يومين في كل أسبوع فيأخذن لأطفالهن ما يحتاجون إليه من الحليب والسكر". (تفسير القرطبي ١٦١/٣.- من روائع حضارتنا مصطفى السباعي ص ١٢٧، المكتب الإسلامي ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧م، بيروت.

أتذكر موقف شخصي قد مر علي بالفعل عندما قام أحد الأقرباء بأعمال خير فى صورة تبرعات ولعدم الإطالة اخبرني أحد العاملين بمستشفى (الشاطبى) بالولادة بالإسكندرية أن المستشفى لا يوجد بها لبن للأطفال الذين يولدون فى الوقت الذى تكون فيه الأم غير قادرة صحيا على الإرضاع حتى أنه وصل الحال إلى درجة موت الأطفال لعدم وصول اللبن لهم هذا هو اليوم قالوا عجز فى الدواء أو عدم وجود ميزانية من الاصل للدواء ونرد بأن هذا إخلال وتقصير ولكن عندما يصل الحد إلى عدم وجود غذاء للأطفال حتى يموتون جوعا فماذا نقول عندئذ تقصير أيضا؟ منذ عشرون عاما تقريبا كانت وزارة الصحة تصرف للأمهات الغير قادرات غذاء (لبن بديل للرضاعة للطفل حسب عمره حتى عمر سنتين) ونعتقد والله اعلم أن هذا الغذاء كان معونات من الخارج... ولعدم الإطالة بدون فائدة نوجه من خلال بحثنا هذا نداءا إلى المختص بمثل هذه المسائل ايا كان درجته الوظيفية غذاء الأطفال حديثي الولاة بالأخص لابد أن يوضع تحت النظر بل وتسلط عليه الأضواء ويكون فى المرتبة الأولى ضمن ميزانية الدولة لأننا لو ساعدنا على أنشاء جيل معافى صحيا سوف يكون هذا سببا لحل جميع مشكلنا المستقبلية.

واليوم كم يعاني الأطفال الرضع من إهمال الرضاعة وكم هي الفوائد التي تفوت الأم والطفل بعدم الرضاعة والمجال بعد هذا واسع لا يتسع له هذه المقام وفيما ألمحنا إليه إشارة لمن كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد.

ونريد أن نوجه نداء من خلال هذا الكتاب المتواضع للمطالبة بحق الطفل بالإضافة إلى أننا لدينا حل لهذه المشكلة وهو حل سريع لوجود دخل مادي يخصص جزء منه للأطفال بدلا من أن نهتم بثقافة الطفل بدخوله المكتبة أو الاعلانات عن مدارس

=

الأب[1] ولما أطلق الشارع علي المرضع لفظ الأم الرضاعية رتب علي ذلك أحكام تقوم علي تحريم نكاح هذه المرضع علي الرضيع، كما رتب أحكاما أخرى... ولقد عنى فقهاء الأوائل بأحكام الرضاع. وفصلوا القول في مسائله وصوره. لذا كان واجب كل رجال القانون والفقه السعي إلى العلم بالأحكام التي تتعلق ببيان شروط الرضاع المحرم؛ ليكونوا علي بينة منها. وكذلك واجب

=

جديدة له نوفر أولا له الغذاء الذى يجعله يفهم تلك الثقافات التي نريد أن ينموا عليها..... المهم الحل ينحصر فى أن هناك ضرائب تجمع من الأفراد وتخصم منهم دون علم الأفراد إلى مصادر الصرف
نقترح على الدولة أو أى جهة رسمية أن تكون لجنه يشترط في تكوينها أن يكون أعضائها مصدر ثقة من الناس أجمعين أى أنه يغلب فيها أراء الأغلبية بنسبة أكثر من خمسة وسبعون بالمائة صوتا لترشيح أعضاء هذه اللجنة على أن يكونوا من أهل القانون والشرع والطب وعلماء اجتماع ونفس وأن يكون صندوق ويعين عيه أمينا تجمع فيه الزكاة ويكون المنهج المتبع لهذه اللجنة المنوطة هو نفس المنهج الاقتصادي الذى أتبعه سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه لأن هناك مشكلة وأنا على دراية كاملة بها ولمستها بالفعل وهى أن الأفراد الذين يريدون دفع ذكاتهم يجدون صعوبة فى دفعها وتنحصر هذه الصعوبة والمشقة فى (ضيق الوقت – عدم الثقة فى من يجدونه لتوزيعها إلى مستحقيها – عدم وجود مصارف معتمدة لاعمال الزكاة) وبموجب هذه اللجنة توزع الأعمال على أن يكون دور أمناء صندوق الزكاة منفصل عن دور المختصون بصرفها وذلك لتفادى الشبهة وإضافة أخرى للمقترح وهى أن يجب فصل دور الحكومة فى هذا الشأن لأنه سيعد من باب الأعمال الخيرية تحت الرقابة القانونية أى وزارة العدل والقضاء بحيث يخصص ميزانية معتمدة للأطفال بموجب قوانين حقوق الطفل من هذه الميزانية.
وأخيرا لضمان سلامة الذمة يجب إصدار جريدة مجانية رسمية خاضعة لوزارة العدل ويكون عددها شهريا تتضمن مجمل الإيراد السنوي مطروح منه المصروفات مع بيان مصادر الصرف وتعتمد هذه الميزانية وتناقش سنويا ويكون تجديد الترشيح للأعضاء لمدة سنتان وشرط اساسى للميزانية هو العلنية من خلال الجريدة الرسمية على أن تكون هذه الجريدة متضمنة باب مقسم لتوجيه العامة من خلال هذا الباب مقترحاتها واعتراضها ويكون هذا دوريا.
نعتقد أن الثالث نظام الاسلامى سيكون بديلا وخير معينا بدلا من انتظار التبرعات والمعونات من الداخل والخارج وهناك نموذج مطبق من الواقع كدولة السعودية الشقيقة

(١) مادة ٢٩٣ –كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجره حضانه أو رضاعه أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لاتزيد علي سنة ويغرامة لا تتجاوز مائة جنية مصري أو بإحدي هاتين العقوبتين. ولا نرفع الدعوي عليه إلا بناء علي شكوي من صاحب الشأن وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوي ثانية عن هذه الريمة تكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد علي سنة.

على كل باحث أن يسعى ويستنبط بالاجتهاد والقياس على المسائل الشرعية التى تفسر حق المولود من الرحم المستأجر فى الرضاعة هل يثبت من الأم بالرحم أم الأم الجينية؟ أم سيؤجر له مرضعة ظئر ويصبح له أم ثالثة؟ ومن ثم سيتم تكوينه من الأمهات الثلاث السابق ذكرهن ، ويمكن أن يكون هذا التعدد هو السبب الاساسى فى تكرار لفظ الأمومة فى كتاب الله الحكيم. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ما حكم العلاقة التى ستنشأ بين المولود وأخوته من أمهاته الثلاثة السابق ذكرهن وما حكم الميراث من الذى يرثة المولود وإلى غير ذلك من احكام.. ....وجدير بالذكر لا يجب إغفال المشاعر التى ترتبط بين الأم الوالدية ووليدها ويستخلص من إطلاق لفظ الأم علي المرضع الشعور بكيانها وفضلها مما يحفزها علي الإرضاع فتحمي الرضيع من الهلاك بإقدامها علي إرضاعه وبخاصة إذا لم يكن للطفل أم ترضعه[1].

وهذا الحديث يقودنا إلى السؤال التالى: ما حكم الأم بالرحم التى ولدت المولود بنطفة غيرها وأرضعته؟ ، هل سيزيد هذا من رصيد أمومتها على أساس أنها الأم الوالدية الرضاعية فى آن واحد، أم لا. وإذا كانت الاجابه بنعم فما هى الحقوق والالتزامات المترتبة على هذه الأمومة؟

ونظرا لما خلفته لنا عمليات تأجير الأرحام بأعتبارها من المستحدثات الطبية فى مجال الإنجاب الصناعى فهذه المستحدثة اثمرت لنا اطفالا بصرف النظر عن مشروعية هذه العمليات من عدمها ، هؤلاء الأطفال لهم حقوق من أولها الحق فى الرضاعة وتوافر الغذاء والشعور بالأمان؛ لذلك تعددت الآراء والمقترحات. كل منهم يجتهد للوصول إلى اكبر قدر ممكن من الأحكام التى تساهم فى مساعدة هؤلاء الأطفال. والوصول من خلالها إلى بيان حكمها الشرعي. ومن المسائل التى تحتاج إلى بيان حكم شرعى أو قانوني تناول الأم البيولوجية صاحبة النطفة هرمونات لنزول اللبن[2] كي ترضع المولود المتكون من نطفتها بعد استلامه من الأم بالرحم، والسؤال الذي يطرح نفسه:

---

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة صـ ٨٣، الطبعة الثالثة عام ١٩٥٧م، دار الفكر العربي.

(٢) هذه المسائل تبرز قيمة الفقه الافتراضي، وكيف كأن العلماء يفترضون مسائل لم تقع ولا يتصور وقوعها، فإذا بها تقع في عصرنا الحديث مع أن الغالبية خاصة من أهل =

هل نزول اللبن بسبب تناول الهرمونات يكون سبباً في التحريم بالإضافة إلى جيناتها الجنسية المخصبة أم لا؟ وهل يشترط فى الرضاع المحرم أن يكون اللبن ثاب من المرضعة عن حمل، وما حكم المرأة المنفردة المتبرعة بالبويضة لحساب الغير أو الراغبة فى الإنجاب لو كانت بكرا؟ أى التى لم يسبق لها الزواج إذا تناولت هرمونات نزول اللبن وأرضعت المولود المتخلق من نطفتها؟ أم ماذا لو أثبت الطب متأكدا أن صاحبة الرحم المستخدم فى الحمل لن يؤثرعلى المولود من الناحية الفسيولوجية وسيقتصر دورها على تغذيته عبر المشيمة بالدم وبالتالى لن تكون أما له؟ فهل سينشأ حرمانية مثل التى تنشأ بين الأم بالرضاعة بينها وبين المرضع.

أولاً: هل من سلطة الزوج أو القضاء إجبار الأم بالرحم على الإرضاع المولود المتخلق بنطفة الغير؟

آرء الفقهاء حيال سلطة الزوج فى أجبار الأم على الإرضاع:

رأى فقهاء المالكية:

تجبر الأم على إرضاع ولدها بلا أجر إذا كانت متزوجة بأبي الرضيع، أو مطلقة رجعيا منه. إلا إن كانت من الأشراف الذين من شأنهم ألا يرضعوا أولادهم، فإنه حينئذ لا يلزمها رضاعة، إلا أن كان الصغير لا يقبل ثدي غيرها. وإن أرضعته كان لها الأجر. والمطلقة بائناً مثل الشريفة، فلا يلزمها إرضاع الصغير فى غير حالات الضرورة، كما لو كان الرضيع لا يقبل غيرها[1].

رأى الفقهاء الأحناف:-

إن الأم لا تجبر على إرضاع الصغير قضاء، وإن كان عليها أن ترضعه ديانة، وبخاصة أن الأم أقرب الناس إلى طفلها وأعطفهم عليه[2] وهذا إذا وجدت من ترضع الصغير، فإذا لم توجد، أو وجدت الصغير لا يقبل ثديا غير أمه،

=

الفقه قد لا يعطون أهمية لموضوع الفقه الافتراضي، ويعتبرون ذلك مضيعة للوقت والجهد والحقيقة أن هذا التصور يحتاج الي مراجعة ونظر خاصة بعد إثبات الواقع المعاصر أن الفقهاء الأجلاء لم يكن عندهم ترف فكري كما يتصور البعض.

(١) شرح الدردير وحاشية الدسوقى، جـ٢ ص٥٣٥.

(٢) أى لو إمتنعت لا يجبرها القاضى، وأن كان إرضاع صغيرها واجباً دينياً عليها.

وجب عليها قضاء أيضاً أن ترضعه، وتجبر على ذلك من القاضي؛ وذلك صيانة للصغير من الضياع، وفى هذا جاء فى تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار: وليس على أمه إرضاعه قضاء، بل ديانة، إلا إذا تعينت فتجبر[1] ومن ذهب مذهبهم حين يرون هذا الرأى، يرجعون أيضاً إلى ما جاء فى الآيتين السابقتين، إذ يقولون بأنه ليس فيهما ما يدل على إجبار الأم على إرضاع الصغير أن أبت، بل فيهما ما يدل على إثبات حق الأم فى الرضاع، وأن أبى الأب، بدليل قوله تعالى: "فأن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن"، وقوله: "وأن تعاسرتم فسترضع له أخرى[2]".

وتطبيقا على ما سبق هل من سلطة الزوج أو القضاء أجبار الأم بالرحم على إرضاع المولود المتخلق بنطف الغير؟

كما أنه هل يجرم فعل الأم بالرحم عند امتناعها عن إرضاع المولود فى الوقت الذى يكون رافضا فيه اللبن الصناعى البديل بالإضافة إلى أى ثدي آخر غير ثدي أمه بالرحم الذى حملته وولدته؟ يستدل على إجابة هذه التساؤلات من الآراء الآتية:

يري الشافعية أنه يجب علي الأم إرضاع ولدها " اللباء " بالهمزة والقصر وهو اللبن الذي ينزل عقب الولادة؛ لأن النفس لا تعيش بدونه غالبا فلو امتنعت عن أرضاعة فمات فقولان:

الرأى الأول – عدم الضمان؛ لأنه لم يحصل منها فعل يحال عليه سبب الهلاك قياسا علي ما لو امسك عن المضطر ولأن عدم سقي " اللباء " ليس محققا لموت الوند ولا كالمحقق فإن كثيرا من النساء يمكن عقب ولادتهن ويرضع الولد من غير أمه ويعيش.

الرأى الثاني – عليها الضمان؛ لأنها وأن لم يحصل منها إتلاف لكن امتناعها من سقي ما وجب عليها منزل منزلة الإتلاف[3].

الرأى الثالث - يرى الزيلعى والاتقاقي نقلا:

---

(١) هامش حاشية ابن عابدين، جـ٢ ص٦٩٢.
(٢) راجع أحكام القرآن للجصاص، جـ١ ص٤٧٧.
(٣) (أنظر نهاية المحتاج وحاشية الشبراملس ج٦ ص٥٢٥).

أن الأم تجبر علي الإرضاع في حالة واحدة وهي حالة إذا لم يكن للأب ولا للولد مال فأنها تجبر وتجعل الأجرة دينا علي الأب, وعللا هذا الإجبار بأن الطفل يتغذى بالدهن وغيره من المانعات ومن ثم فترك إرضاعة لا يؤدي ألي ضياعه وهلاكه, ثم نقلا أن هذا القول هو ظاهر الأخرى يؤدي إلي مرض الولد وهلاكه وأن نقله الزيلعي والاتفاني(١).

بالرغم من أن حكم الرضاع هو الوجوب لأن حياة الطفل تتعلق به وتركه يستلزم إهلاك الرضيع وإهلاك الرضيع حرام فتكون صيانته واجبة فيكون الإرضاع واجباً(٢).

إلا أنه إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر مصابة بفيروس نقص المناعة البشرية, فان احتمالات ولادتها لطفل مصاب بنفس الفيروس تصل بالتقريب ألي نسبة واحد إلى ثلاثة وبعض المواليد يصابون أثناء وجودهم في الرحم وبعضهم أثناء الولادة(٣) والبعض الآخر أثناء الرضاعة الطبيعية(٤). فإذا ولدت صاحبة الرحم المصابة بالإيدز طفلا فلا حرج عليها في إرضاعه وحضانته أيضاً إذا ولد مصاباً بالمرض نفسه، فالمحذور قد وقع ولن يحدث إرضاعها له وحضانتها إياه ما يخاف منه ويخشى.

أما إذا ولد الطفل سليما من المرض ووجدت الأم الوالدية مرضعة ظئر وتقوم علي حضانته فأنه يجب عليها أن تمتنع عن إرضاعه وحضانته فالمرآة

---

(١) (أنظر البحر الرائق ج٤ ص٢١٩ رد المحتار علي الدر المحتار ج٢)

(٢) الأختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي صـ ٦٦ ، طبع المعاهد الأزهرية ١٤٢٦ هـ، الشرح الصغير صـ ١٣٠ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٥٠٢/٢ ، نهاية المحتاج ٢٢١/٧ ، المغنى ٦٢٧/٦.

(٣) تنتقل العدوى من الأم المصابة إلى الجنين أثناء الحمل أو الولادة بقليل، وتبلغ احتمالات أنتقال العدوى للجنين من أم مصابة ما بين ٢٥٪ - ٤٥٪. أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل طبية صـ ٦٧ ، رسالة عن الإيدز صـ ٣.

(٤) البيأن الذي أصدرته منظمة الصحة العالمية واليونسيف بشأن العلاقة بين أنتقال فيروس العوز المناعي البشري وبين الرضاعة الطبيعية لم ينكر أن الرضاعة قد تسبب أنتقال هذا الفيروس إلى الطفل إلا أن هذا البيأن قرر أن الأمر يتطلب مزيداً من البحوث من أجل تقدير احتمالات العدوى بالفيروس من خلال الرضاعة الطبيعية. الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز، د/ عمر سليمان الأشقر صـ ٦٩ ، الرضاعة الطبيعية والصحة الإنجاب ية في العالم الإسلامي صـ ٤٦٧.

الصحيحة تستطيع أن تقوم مقام الأم وحليبها يملك خصائص حليب الأم، وقد كانت العرب قبل الإسلام تسترضع لأبنائها. وأقر الإسلام الرضاعة ونشر المحرمية بها وإصرار الأم علي إرضاع طفلها وحضانته قد ينقل إليه العدوى ويصيبه بهذا المرض الخبيث[1].

وقد نص فقهاؤنا علي منع الأم المريضة بأمراض خطيرة كالجذام من إرضاع طفلها وحضانته.

يقول الشيخ الدرديرالمالكي، ما معناه: يشترط في الحاضنة العقل والكفاية، وأن لا يكون بها مرض كجذام يضر ريحه أو رؤيته ومثله كل عاهة مضرة يخشى علي الولد منها ولو كان بالولد مثله لأنه بالانضمام قد تحصل زيادة علي ما كان علي سبيل جري العادة[2].

وعلي هذا يجب علي الأبوين البحث عن وجود بديل لإرضاع هذا الطفل لأن تركه بدون رضاع فيه هلاكه وموته.

أما إذا لم يتيسر لهما وجود بديل (امرأة ترضعه) أو ما يتناسب مع الطفل من الحليب الصناعي أو حليب الحيوانات كالأغنام والأبقار كالحال في الدول الفقيرة فأنه يجب علي الأم في هذه الحالة إرضاعه وحضانته[3] فإذا لم يوجد لها لبن يجوز للام الجينية تناول هرمونات نزول اللبن.

---

(١) الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز، د/ عمر سليمان الأشقر صـ ٦٨.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٥٢٨/٢، ٥٢٩، وأنظر هذا المعنى أيضا في: مغنى المحتاج ٤٥٦/٣، كشاف القناع ٤٩٩/٥.

(٣) الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز صـ ٦٩.
نبه البيان الذي أصدرته منظمة الصحة العالمية واليونسيف بشأن العلاقة بين أنتقال فيروس العوز المناعي البشري وبين الرضاعة الطبيعية إلى أن الدراسات تثبت أن الرضاعة الطبيعية تنقذ أرواح الأطفال وأنها تتيح مزايا هائلة غذائية ومناعية ونفسية واجتماعية. فضلا عن مباعدة الولادات كما نبهت بعض البحوث إلى قلة الحالات التي أنتقل فيها الفيروس من الأم إلى الطفل بسبب الرضاعة فالحالات من هذا النوع معدودة في العالم كما نبهت البحوث أن نسبة وجود فيروس الإيدز في لبن الأم قليلة جدا كما هو الحال في إفرازات البدن الأخرى كاللعاب والعرق والبول وأكدت البحوث أن العدوى بفيروس الإيدز لا تتم عن طريق الجهاز الهضمي والظن — والله أعلم وأحكم بالصواب — أن الضغط الشديد الذي يمارسه الرضيع علي الغشاء المخاطي الرقيق في فمه هو الذي يؤدي إلى أنتقال العدوى إذا كانت حلمة الثدى متشققة.

=

لإرضاعه لأن في تركها إرضاعه وحضانته هلاكا محققا للطفل، وهلاكه بسبب إرضاعها له وحضانتها إياه غير محقق، ولكنه محتمل واحتمال ذلك نسبته قليلة.وخاصة بعد التطور الذى نعيش فيه ووجود بدائل غذائية تستطيع الأم إعطائها للمولود بدلا من الرضاعة.

والخلاصة فإننا نرى أن مسألة إجبار الأم على أن ترضع طفلها لأى سبب من الأسباب السابقة فيه شيء من غير المعقول لأن الداعي إلى الرضاعة بجانب احتياج الطفل للغذاء هو تحريك غريزة الحنان والمشاعر. فكيف يطلب من المرأة على فعل مثل هذا الشيء وهى تفقده. ففاقد الشيء لا يعطيه. وعلى هذا نرى أنه ليس من الداعي إجبار الأم بالرحم على الإرضاع وخاصة أنه يوجد اليوم بدائل أفضل من اللبن الذى يغصب ويطلب من أمرأة بالأمر.

نجب أن ننوه إلى مدى احتياج الطفل إلى الرضاعة الطبيعية لما يترتب عنه من فوائد عظيمة له كما سبق وأن أشار لنا أهل الطب. وبناء عليه يترتب على الأم إرضاع وليدها. ةولكن لا نرى وجاهة فى إلزامها بهذا الواجب إلا إذا ترتب على إخلالها بهذا الالتزام ضرر لهذا الطفل وتبعا للقاعدة الفقهية الضرر يزال أو اختيار أخف الضررين أو دفع الضرر الأشد. كل هذه القواعد تحثنا على اختيار الأنسب للمولود وهذا لضعف تكوينه وشدة احتياجه للرعاية. فبالنسبة إلى المولود من الرحم المؤجر يتولد معه الحيرة من شأنه. فالإلزام هنا فى حالتنا ينحصرعلى الأم الوالدية أى أمه بالرحم

لأننا سبق وأن أشرنا إلى أننا نؤيد نسب الطفل إلى أمه الوالدية أى التى حملته وولدته فهل يترتب على الإخلال فى التزامها مسئولية تقصيرية أم مسئولية عقديه بموجب العقد. وخاصة إذا تم تسليمه للأم البيولوجية بناء على العقد المبرم نرى أن الأم بالرحم تعامل معاملة الأم الطبيعية على حد السواء فى الحقوق

=

د. محمد هيثم الخياط نائب المدير الإقليمي لمكتب منظمة الصحة العالمية لشرق المتوسط، د. محمد حلمي وهدأن مدير الوقاية من الأمراض ومكافحتها في المكتب المذكور في ورقتهما إلى الندوة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالاشتراك مع منظمة الصحة العالمية تحت عنوأن: "الرؤية الإسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الإيدز" صـ ٣، الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز صـ ٧١، مرجع سابق.

والالتزامات والمسئولية، يتفق ذلك مع ما أشرنا إليه في الجملة ومن ثم ثبوت النسب من جهة الأب. أى أنه الملزم بنفقة الطفل هو زوج صاحبة الرحم. وذلك للأسباب التى ذكرناها ويرجع السبب فى رأينا لاختيارالأبوة إلى زوج صاحبة الفراش هو إعطاء الطفل فرصة اكبر أو أوسع لانتسابه إلى والد. لأنه عندما ينكر زوج صاحبة الرحم نسب الطفل المولود من زوجته سيعتمد الأب الأخير فى دعوته على عدم خلق المولود من مائه وانتسابه إلى الأب الجينى. وبالتالى سيكون أمام الطفل فرصة أخرى وسيظل الباب مفتوحا أمامه وهو انتماؤه إلى الأب الجينى حتى. ولو أنكره هو. وبناء عليه ستكون نفقة المولود بداية على زوج صاحبة الرحم باعتباره صاحب فراشها وبسكوته وموافقته على زوجته يعتبر بمثابة موافقة ضمنية على أبوته لهذا المولود. وبالتالى ستترتب عليه جميع الواجبات من نفقه وأجرة الرضاعة والمسكن والملبس...... حتى الميراث. وخلاصة القول أن الأم الملتزمة برضاعة المولود هى الأم الرحمية أى الوالدية. ويترتب على حكم الأم الرحمية للمولود أن يصبح المولود أخا لأولاد الأم بالرحم وزوجها وتحرم الرضاعة ما يحرمه النسب.

ثانياً: على من تجب نفقة الرضاعة للمولود من الرحم المستأجر؟

الأصل أن نفقة الصغار على أبيهم لا يشاركه فيها أحد، ومن النفقة أجرة الرضاع لمن تقوم به فتكون على الأب، وفى هذا يقول: الله تعالى: " فأن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن". يستفاد من الاية الكريمة: - إذا وافقت الزوجة أن ترضع ولدها من زوجها بدون أجر، حال قيام الزوجية ليس للأم أن تأخذ أجرة ويجب عليه تمكينها منه وتسليمه إليها ولا يجوز له أن ينزعه منها إلا بمبرر شرعي. ولكن يكون لها الأجرة إذا أرضعته بعد انتهاء عقد الزواج.

ثالثاً: أسباب عدم جواز استئجار الأم على الرضاع حال قيام الزوجية:

يرجع السبب فى عدم جواز استئجار الأم على الرضاع حال قيام الزوجية ولو فى العدة من طلاق رجعى هو أن: لو وجبت لها أجرة الرضاع علي والد الطفل لكانت تحصل علي نفقتين في أن واحد ولأن زوجها قائم بالإنفاق عليها حال الزوجية حتي أن اللبن الذي هو مؤنة الطفل أنما يستحيل لبنا من

غذائها الذي يقوم بكفايته(١) سواء أكانت زوجة أم معتدة، وذلك بطريق الأولى(٢).

وتأكيدا لذلك أشار لنا أستاذنا الدكتور محمد حسين منصور أن الأم لا تستحق أجراً على الإرضاع حال قيام الزوجية، أو في عدة الطلاق الرجعي أو البائن إكتفاء بما تأخذه من نفقة، إذ لا يجوز الجمع بين النفقة وأجر الرضاعة. وتستحق الأم أجراً إذا كان الإرضاع بعد أنقضاء الزوجية وكانت غير مستحقة

---

(١) راجع أكام القرآن للجصاص في تفسير آية البقرة السابق ذكرها، الهداية الفتح جـ٣ ص٣٤٥ – ٣٤٦.

❖ وجوب الإرضاع عليها ديانة ولا اجر يستحق علي فعل الواجب ولكنها لا تجبر عليه لاحتمال عجزها عنه، فحين تطلبه بالأجر يظهر أنها قادرة عليه فيكون واجباً عليها وليس لها أجر عليه.

❖ وأن كانت معتدة من طلاق بائن، كان لها الأجرة في رواية، لأن الزواج قد زال، ولا أجر لها في رواية أخرى، وهي التي عليها الفتوى ؛ لبقاء الزوجية في حق بعض الأحكام.

فإذا أنقضت المدة صارت أجنبية عن الأب تماماً، فلها حينئذ أخذ الأجرة كأية مرضعة أخرى، وتكون هي أحق من غيرها بالإرضاع، نظراً لمصلحة الطفل، متى رضيت بمثل أجر الأجنبية التي يريد الأب استئجارها، ولكن لا تجاب لطلبها زيادة في الأجر، دفعاً للضرر عن الأب.

وبالرجوع إلي قول الله تعالى: " لا تضار والد بولدها ولا مولود له بولده "، أى ليس للأب أن يستأجر غيرها إذا رضيت بمثل ما يعطيه للأجنبية، وليس لها أن تطلب أجراً أكثر مما قبلته الأجنبية الأخرى. وكذلك تكون هي أحق بإرضاعه إذا رضيت بذلك بدون أجر

(٢) ولقد جري العمل في محاكم السودان الشرعية علي عدم استحقاق المعتدة من طلاق بائن أجراً للرضاعة، لعدم الفرق بين المعتدة من طلاق رجعي أو من طلاق بائن ؛ لأن الأب في حال الزوجية والعدة قائم برزقها، وصدرت بذلك مذكرة قضائية رقم ٢٦ في ١٥/١١/١٩٤١. (راجع منشورات ومذكرات المحاكم الشرعية بالسودان مذكرة رقم ٢٦ ص٤٧ في تاريخ ١٥/١١/١٩٤١)

فإذا أنقضت المدة فلها الأجر على الإرضاع قولاً واحداً. ويجرى العمل في السودان على أن المعتدة غير المرضع لا تسمع دعواها النفقة لأكثر من سنة واحدة من تاريخ الطلاق، فأن كانت رضعاً وإدعت أنقطاع حيضها للرضاع، فلا تسمع دعواها النفقة لأكثر من ثلاثة أشهر بعد أنقضاء مدة الرضاع وهي سنتان) (راجع منشورات ومذكرات المحاكم الشرعية بالسودان، منشور شرعي رقم ٢٨ ص٤٦ مادة ٥، ٦.

وقد جاء في المادة السادسة من المنشور الشرعي رقم ٢٨ الصادر في ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧: " لا يجوز تنفيذ أحكام بنفقة عدة عن مدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق بالنسبة لغير المرضع، وعلى سنتين وثلاثة أشهر من تاريخ الوضع بالنسبة للمرضع ".

النفقة على زوجها أبى الرضيع[1]. وتعتبر الأجرة (سواء للأم أو للمرضع) ديناً فى ذمة الملتزم بها ولا تسقط بموته كما أنها لا تسقط بموت الصغير لأنها أجرة لا نفقة. بل تجب فى تركته وتشارك غرماؤه. فهي كغيرها من أصحاب ديونة. ومدة الرضاع التى يعتد بها في حق الأجرة حولان تستحق فيهما[2].

وبتطبيق ذلك على علاقة الام بالرحم والمولود نرى أن الأم بالرحم لا ينطبق عليها ما ينطبق على الأم الطبيعية. أى التى(حملت بنطفتها وولد وأرضعت) حول مبدأ عدم جواز استئجار الأم على الرضاع حال قيام الزوجية....لو سلمنا بالاتفاق المبرم بين أطراف عقد إيجار الرحم كما سبق وأن أسلفنا الذكر بخصوص هذا. لوجدنا أنه لا يوجد مانع من أن تجمع الأم بالرحم بين نفقتين الحمل والرضاعة أو أن تستأجر كذلك للرضاعة طالما نص على ذلك فى العقد المبرم أو الاتفاق. وبالرغم من ذلك لا يحق لها الاعتراض عند إخلال أصحاب النطف بالالتزامات المالية مقابل استأجرها للرضاعة المنصوص عليها فى عقد إيجار الرحم قانونا وهذا بصفتها الأم الرحمية أى المسئولة عن الطفل نسبا ورضاعة.... لأنه بمنتهى البساطة إذا كان ابن الزنا ينسب ويلزم من أمه فمن الأدعى أن تلزم رضاعته من أمه الرحمية ؛ لأنه لا ينبغى تفضيل ابن الرحم عن ابن الزنا. هذا من ناحية ومن ناحية اخرى لو كانت الام الرحمية مشتركة بنطفتها بالاضافة الى رحمها فى الاتفاق المبرم اصبحنا أمام حمل الرحم التقليدى سالف الذكر. وبالتالى ستكون هى أما جينية للولد ومن الأحرى وجوب نفقة الرضاعة عليها كإبن الزنا بالقياس على علاقة الزنا.

رأى الباحثة:

بعد عرضنا لوجوب نفقة الطفل على أبيه والتى من ضمنها الرضاعة. بل وقد وضع لها الشرع والقانون نظاما. حتى أنه لم يترك لأحد ثغرة أو فجوة

---

(١) لمزيد من الأيضاح يرجع إلى/ الاستاذ الدكتور محمد حسين منصور- احكام الاسرة المطبقة على المسيحيين المصريين/ سنة ١٩٩٩/ دار المطبوعات الجامعية/ ص ٣٤٩.

(٢) تجب الأجرة بمجرد الارضاع من غير توقف علي القضاء ولا علي عقد اجازة بينها وبين الاب ومن اجل ذلك فأنه يجوزالقضاء بها عن مدة ماضية علي تاريخ رفع الدعوي وتصبح من الديون الصحيحة التي تسقط الا بالاداء أو الابراء ويترتب علي ذلك

يضيف لها أى من الأحكام ولله الحمد. ولكن نحن هنا أمام حالة استثنائية وهى مولود ولد من ثمرة علاقة متعددة الأطراف. وبالتالى من اي منهما ستكون نفقته واجبة عليه هل هو الأب البيولوجي باعتبار أنه المتكفل بالمبالغ المالية التى تلزم العقد هذا فى حالة الاعتداد بهذا الاتفاق؟ أم أنه سنرجع إلى تطبيق القواعد الفقهية والقانونية على موضوع النفقه وبالتالى سيكون النفقه على الأب صاحب الفراش أى زوج صاحبة الرحم بموافقته الضمنية على وضعه الأبوى المنبثق من وضع زوجته؟.

نرى أن معيار التوجه فى مسألة المولود من هذه العمليه هو توافر عنصر المصلحة وسوف نذكر أن شاء الله تعالى فى توصيان الباحثة إلى الحكمة فى ذلك وهذا لعدم التكرار وبالتالى لا توجد مشكلة لو التزم صاحب النطفة أى الأب البيولوجي ولو أنني لي تحفظ على لفظ الأب البيولوجي باعتبار أننا أسلفنا الذكر فى هذه المسألة وحسمناها بأن الأب لهذا المولود هو زوج صاحبة الرحم ولكن عند امتناع زوج الأم بالرحم بالصرف أو بنفقة المولود يكون الالتزام بالنفقة على الأب البيولوجي بموجب عقد الاتفاق المبرم وهذا لمصلحة الطفل. ولكن عند حدوث نزاع على النفقة بأن يخل بالاتفاق المسبق. فلا يحق للأم بالرحم وزوجها تقاضى أصحاب النطف؛ لأنهم المسئولون أمام القانون عن نفقة هذا الطفل. وجدير بالذكر نحن لا نريد تجزئة رأينا فى مسألة النفقه بموجب الرأى السابق. ولكن من البداية أشرنا إلى أن المعيار الذى يحركنى فى هذا الصدد هو معيار مصلحة الطفل ليس بناء على القاعة القانونية أو الشرعية. ولكن بناء على الرحمة فى وجود انسان لا دخل له بتصرفات الغير. وخلاصة الموضوع أن فى مسألة الرحم المستأجر تقل مشاعر الأمومة. ويرجع السبب فى ذلك من وجهة نظري كامرأة أن توزيع الأدوار والمهام التى كان ينبغى أن تكون فى إمرأة واحدة على عدة نساء أدى إلى توزيع المشاعر لديهم. أى أنه ضعفت مشاعر الأمومة التى ينبغى أن تكون متوفرة فى إمرأة واحدة وبناء عليه سيكون الشعور بإرضاع المولود أمرا وظيفيا وليس غريزيا بمعنى أن عاطفة الحنان التى كان ينبغى أن تولد مع مجيء هذا الطفل لتكون بمثابة البوصلة التى توجه تصرفات الأم الوالدية

ذهبت مع خلاص الولادة[1] الذى ينزل معه. وسامحوني فى هذا اللفظ ولكن للأسف هذه هى الحقيقة فى هذه العملية،

مما لا شك فيه أن مسألة الرضاعة تحكمها مشاعر إنسانية لا تضاهيها أية مشاعر أخرى وتكون تلقائية. لا يحركها العقل ولكن العاطفة هى التى تتحكم فيها ولعل الله - جل شأنه - جعل هذا سببا من الأسباب فى جعل الأم الرضاعية (المرضعة الظئر) أم للمولود بل وليس هذا فحسب جعل لها الآثار تترتب على هذه الأمومة وبناء عليه فإذا امتنعت صاحبة الرحم على رضاعة المولود باعتبار أنها الأم الوالدية ويفترض أن تكون الرضاعية لوجود اللبن فى ثدييها وجب على زوجها تأجير مرضعة للطفل وتكون نفقة الرضاعة عليه

وخلاصة القول أن للصغير حقا على والديه. ولا تملك الأم بالرحم باعتبارها أخذه لحكم الأم كنظيرتها الأم البيلوجيية أن تتنازل عن حق ابنها ؛ لأنها لا تملكه وهذا لإشتراكها مع الأم الأخيرة فى الرعاية الطفل وحضانته، الطفل له عليها حقوق أكثر من الحقوق التى ترتب على الأم البيلوجيية واهم هذه الحقوق هى حق المولود فى الرضاعة. " والله أعلى وأعلم "

رابعا: أحكام رضاعة المولود من الأم البيولوجية (الجينية):

هل تنصرف احكام رضاعة الأم الرحمية على المرضعة الظئر؟

لمعرفة هذا الحكم سوف نقوم بعرض الخلاف حول طبيعة لبن الآدمية ومعرفة ما إذا اختلط اللبن الذى يتناوله المولود. وأراء الفقهاء القدامى - رحمهم الله - كي نستنبط منهم كيف توصلوا إلى هذا الحكم ثم نقوم بعمل مطابقة على هذه المسألة وذلك للوصول إلى حكم رضاع المولود من الأم بالرحم والأم البيولوجية :-

قد يحدث أن يخلط اللبن بغيره ثم يعطى للرضيع، فهل يثبت حينئذ التحريم به؟ ولمعرفة الحكم يجب أن نفرق بين حالتين: أن يخلط بالماء أو لبن شاة مثلاً أو دواء، وأن يخلط بلبن امرأة أخرى. ففي الحالة الأولى يثبت به التحريم أن كان اللبن هو القالب، وإلا لا يثبت أن كان اللبن هو الأقل.

(١) هى المخلفات التى تنزل أثناء الولادة مع المولود

ولكن أن خلط بلبن إمرأة أخرى كان الحكم للغالب أيضاً عند أبى يوسف، وكذلك عند الأمام فى رواية. وعند محمد أنه يثبت التحريم من المرأتين جميعاً دون نظر إلى غلبة أحدهما أو عدم غلبته، وذلك لأن خلط الجنس بالجنس لا يكون إستهلاكاً له فيه، ولبن كل من المرأتين يحرم وحده، وإذن فيثبت التحريم منهما معاً. أما أن كان المقداران متساويين، فيثبت التحريم من المرأتين من باب الإحتياط عند أبى يوسف أيضا.

ونرى الشيعة الإمامية الذين يشترطون فى الرضاع المحرم أن يكون بقدر ما ينبت اللحم ويشد العظم، أو رضاع يوم وليلة، كما يريدون أنه لا حكم لما دون العشر من الرضعات، وفى العشر روايتان، ولو رضع خمس عشرة كان محرماً قولاً واحداً، كما يشترطون فيه قيوداً ثلاثة: مال الرضعة، وامتصاصها من الثدي، وألا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة[1].

رأى الباحثه:

لا شك من أن رضاع الإنسان من غير أمه ينشر الحرمة. وهذا للأسباب التى ذكرناها لعدم التكرار.

وجدير بالذكر نرى أنه الحرمة التى تثبت من الأم الرحمية والأم الجينية لا تقتصر على حرمة الرضاعة فحسب. ولكنها موجودة من الاصل لصفة الأمومة التى سبقت الرضاعة. أما بالنسبة إلى انصراف أحكام الأم الرحمية على المرضعة الظئر. فنرى عدم انصراف احكام الأم الرحمية على الأم الرضاعية ويرجع السبب فى رأيى للأتي:

باديء ذو بدء أرى أن الأم بالرحم هى الأم الأصلية فى هذه العملية. والتى تنصرف عليها جميع الأثار المترتبة على النسب سواء أكانت الآثار قانونية أو شرعية. وهذا يرجع إلى تكوين الجنين منها كليا أى من دونها لما تكون الجنين وجدير بالذكر نستفيد من خلال عرضنا لرأى أبى يوسف "إذا كان عند خلط اللبن بين أكثر من إمرأة تثبت الحرمة منهم جميعا. فما بالك بتغذية الطفل بالدم

(١) المختصر النافع، للشيخ أبى القاسم نجم الدين المحلى المتوفى سنة ٦٧٦هـ ؛ طبع دار الكتاب العربى بمصر عام ١٣٧٦هـ ص١٧٥.

كاملا فى الوعاء الرحمى، للام بالرحم لذلك نرى ثبوت الحرمة والنسب من الرضاعة للأم بالرحم. وبالتالى يترتب على ذلك أحكام الميراث والوصية والنفقة والولاية علي النفس والمال والحضانة وسقوط القصاص وتحمل العقل في الدية والعتق بالملك والمنع من الشهادة فأنه مختص بالنسب دون الرضاعة[1]، لأن النسب أقوى منه فلا يقاس عليه في جميع أحكامه وإنما يشبه به فيما نص عليه فيه[2].

أما بالنسبة إلى المرضعة الظئر فيتكون الجنين منها جزئيا أى أنه يتغذى عليها لمدة عامين تقريبا. ويمكن أن يستعاض عن دورها فى التغذية بلبن حيوان مثلا. أو تغذية بديلة يقرها طبيب للطفل ومن منطلق أن الرضاعة يترتب عليها ما ينبت اللحم ويشد العظم فى جسد المولود؛ ولهذا السبب جعل الشارع الآثار تترتب على هذا النوع من الأمومة فى إطار الشروط الموجبة للتحريم. فأن الرضيع يصبح ولداً للمرضع وتصبح المرضع أمه وزوجها أباه ويصبح أبناء المرضع وبناتها إخوته من الرضاع وعندها تثبت أحكام الرضاع من حرمة التناكح[3]. وجواز النظر والخلوة والمسافرة وعدم نقض الطهارة باللمس عند من يرى ذلك من الفقهاء[4]. وأخيرا وبناء على ما سبق أن بيناه نرى تساوى وضع الأم الجينية

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٣٥٧/١١، الكافي في الفقه علي مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل ٣٣٢/٣، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار إحياء الكتب العربية.

(٢) المغنى ٣٥٧/١١.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٣٥٧/١١، شروط الرضاع المحرم، د/ فرج علي السيد عنبر ص ٢٥.

(٤) اختلف الفقهاء في حكم اللمس تبعاً لاختلافهم فيما يراد من اللمس الوارد في قوله تعالى: (أو لمستم النساء) سورة المائدة جزء الآية (٦) هل هو حقيقة اللمس أو المراد به الجماع.
وإليك آراء الفقهاء لإتمام الفائدة:
الرأي الأول: أن لمس المرأة لا ينقض الوضوء مطلقا. وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو رواية ثانية عن الإمام أحمد إلا إذا تباشر الفرجان وأنتشر وأن لم يمذ فعليه الوضوء.
البدائع ٣٠/١، المغني ١٩٢/١، نيل الأوطار ٢١٨/١.
الرأي الثاني: أن لمس المرأة بشهوة أنتقض الوضوء وإلا فلا. وبه قال الإمام مالك والمشهور من مذهب الإمام أحمد. المدونة الكبرى ١٣/١، المغني ١٩٢/١.
=

بما منحته من نطفتها الجينية مع مركز الأم الرضاعية بما منحته من الرضاعة المقترنة بالمقدار والمدة التى نص عليها الشارع فى الالتزامات والحقوق التى لهم وعليهم للمولود, ولكنها بالطبع لا تتساوى مع الآثار التى تترتب على الأم الرحمية.

مع مراعاة أن دور كل منهما كان اختياريا ولم يجبراعلى الاختيار دورهما رغم تحفظنا الشديد بأن الأم الجينية تحدت ما فرضته الطبيعة عليها من أقدار,وأغفلت أن الجسد بمنتجاته ملك لله تعالى...وبالتالى ما صنعته ليس من حقها ونريد أن ننوه بأن الرأى السابق حول هذه المسألة على عكس ما ذهبت عليه جميع الآراء التى سبقتنا.

رأى الباحثه:

وجدير بالذكر هناك نقطة مهمة بادرت لى فى ذهنى خاصة فى ظل الارتفاع الدائم للمعدلات السكانية المقترنة بسوء الظروف الاقتصادية التى يعيشها مجتمعنا فى هذا العصر, هل نظرة فقهائنا الأوائل رحمهم الله فى شأن طرق ثبوت الرضاع بالإقرار أو بالبينة كافية فى القرن الحادي والعشرين ونحن أمام صورة مختلفة فهل تصلح الآن فى الوقت الذى تحمل النساء بدل بعضهن مستعيره أرحام بعضهن, مما يؤدى إلى إحتمال حدوث حمل بتأجير رحم إمرأة فى مكان فتنجب أطفالا ويتم تسليمهم لأصحابهم ثم بعد ذلك ترحل نفس الأم بالرحم من مكان أقامتها الأول إلى مكان أخر ويتكرر هذا الحمل مع أزواج آخرين فهناك احتمال أن يتقابل أولاد الأسرة الأولى ويتزوجوا من أولاد الأسرة

=

الرأي الثالث : أن التقاء بشرتي الأجنبي والأجنبية ينقض الوضوء سواء كان بشهوة وبقصد أم لا ولا ينقض مع وجود حائل وأن كان رقيقا ولا ينتقض بلمس الصغيرة والمحرم. وهذا مذهب الإمام الشافعي ورواية ثالثة عند الحنابلة. قال الإمام الشوكاني: "وإلى ذلك ذهب ابن مسعود، وابن عمر، والزهري، وزيد بن أسلم، وغيرهم". المهذب ٢٢٣/١، المغنى، ١٩٣/١، نيل الأوطار ٢١٨/١.

والراجح في نظري : ما ذهب إليه السادة المالكية ومن معهم والذي ينص على أن اللمس بشهوة ينقض الوضوء وبغيرها لا ينقض، لأنه مذهب وسط يجمع بين الأدلة، ويذهب التعارض عن ما روي عن الرسول ﷺ — في حكم المسألة وإعمال الأدلة أولى من إهمال بعضها.

قال الإمام الشوكاني — رحمه الله - : "وأوسط مذهب يجمع بين هذه الأحاديث مذهب من لا يرى اللمس ينقض إلا بشهوة". نيل الأوطار للشوكاني ج١ ص ٢٢٠.

الثانية فى الوقت الذى يعدوا فيه أخوة بالرحم ويحتمل أن يكونوا أخوة فى الرضاعة وهكذا يمكن أن تتكرر هذه العملية.....

فهل يمكن فى ذلك الوقت ومع كثرة العدد الأعتماد فقط على الأخذ بالأنصبة فى الشهادة التى نص عليها فقهاؤنا القدامى فى إثبات الرضاعة فى الوقت الذى يعيش فيه البشر غير مختلطين ومنعزلين عن بعضهم البعض وهل يكفى أن تصبح وسيلة الردع هى إقامة دعوى الحسبة للتفريق بين الإخوة المتزوجين الذين يكونون فى الغالب لا يعرفون أنهم أخوة فى الرحم من إمرأة واحدة...ويرجع السبب من وجهة نظرنا فى تعثر وجود الشهود لهذه العملية فى الغالب تكون سرا. ولا يريد الأزواج الإفصاح عنها وتكون منحصرة بين أطراف عقد ايجارة الرحم لا غير حتى أنه من خلال دراستنا للنظم القانونين للدول التى تقنن مثل هذه العمليات وجدناها تشترط علم المولود بأصله الجينى وبالمرآة التى حملته ومن منطلق ذلك أضيف عليه من وجهة نظري يجب إصباغ شكل جديد لشهادة الميلاد عند إجراء مثل هذه العملية تتضمن إسم الأم بالرحم والأم الجينية والأب الجينى والأب صاحب الفراش أى زوج صاحبة الرحم. وليس هذا فحسب بل ويقترن ذلك باسم الطبيب والمركز الذى قامت فيه هذه العملية وذلك تفاديا للوقوع فى اختلاط الأنساب وحدوث أن يتزوج الأخ أخته دون أن يعلم.

هل يشترط فى اللبن المحرم للنكاح التى تتعمد الأم البيولوجية إنزالة بالهرمونات لرضاعة المولود أى شروط؟

إذا أنزلت المرأة صاحبة البيضة المخصبة (الموضوعة فى رحم مستأجر) لبن ثدييها بالهرمونات[1] كي ترضع المولود بعد ميلاده واستلامه من صاحبة الرحم المستأجر هل تثبت الحرمة بين الرضيع والمراة التى أرضعته؟ الأصل فى الأحوال التى ترضع فيها إمرأة لا تمس للمولود بصلة لابد من توفر شروط معينة في اللبن الذي تم إرضاعه لثبوت الحرمة[2] فلابد أن يكون الرضاع للطفل في

(١) فى حالة أن كانت بكرا أو ثيبا أو غير متزوجة كان يكون فى حالة تخصيب بيضة المرأة بمنى متبرع غير زوجها ووضعها فى رحم مستاجر

(٢) إ ا تناولت البكر، اليكر أو الثيب غير المتزوجة أو المرأة العقيم هرمونات نزول اللبن، وأرضعت منه صغيرا – ما كأن في الحولين علي الراجح – فأنه ينشر الحرمة، لأنه =

يحصل به التغذية والنشوء وأنتشار العظم فيثبت به شبهة البعضية. وقد اختلف العلماء في حكم لبن البكر يحرم أم لا علي قولين:
رأى الأحناف(فتح القدير ٣/٣١٧، حاشية ابن عابدين ١/٤٠٨ اللباب في شرح الكتاب ٣/٦، الهداية ١/١٦٣.)
رأى المالكية(الكافي في فقه أهل المدينة ص ٥٤٢، دار الكتب العلمية، بلغة السالك لأقرب المسالك ٢/٤٧٠، حاشية الدسوقي ٢/٥٠٢، الفواكة الدوأني ٢/٨٨، بداية المجتهد ٢/٧٢.)
رأى الشافعية(مغنى المحتاج ٥/١٢٥، ٣/٤١٥، نهاية المحتاج ٧/٧٢، كفاية الأخيار ٢/٨٥)
رأى الحنابلة (المغنى ٧/٥٤٦، كشاف القناع ٥/٤٤٤، المبدع في شرح المقنع ٨/١٦٤، الكافي لابن قدامة ٣/٢٣٦.)
أنه ينشر حرمة النكاح.
القول الثاني: يشترط أن يثوب اللبن عن حمل وهذا هو المنصوص عن أحمد وعليه المذهب وقول عند الشافعية أن لبن البكر لا ينشر التحريم. (مغنى المحتاج ٥/١٢٥، المغنى ٧/٥٤٦، المبدع في شرح المقنع ٨/١٦٤، الكافي لابن قدامة ٣/٢٣٦، كشاف القناع ٥/٤٤٤، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢/٢٨٢ واستدل كل فريق بأدلة تؤيد ما ذهب إليه:
أدلة القول الأول: استدل أصحاب المذهب الأول بالكتاب والقياس.
أما الكتاب: فبعموم قوله – سبحانه وتعإلى –: "وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم".(النساء جزء الآية (٢٣).)
وجه الدلالة: أنها أطلقت لفظ المرضع فلم تقيده بمزوجة أو بكر ولا فرق بين من ثار لها لبن بوطء وغيرها.
أما القياس: فلأنه رضاع من امرأة فنشر الحرمة كما لو كأن لها ولد ولأنه يحصل به التغذية والنشوء وأنتشار العظم فيثبت به شبهة الجزئية. (اللباب في شرح الكتاب ٣/٦، المبسوط ٣/٢٩٥، ٢٩٦، حاشية الدسوقي ٢/٨٠٥، القوانين الفقهية ٢٣٠، شروط الرضاع المحرم ص ٤٤، القول الصراح في إرضاع المحرم وللنكاح ص ٥٦.)
وندرته في هذه الحالة لا تمنع من كونه مؤثرا في التحريم متى وجد لأن جنسه معتاد. (المغنى لابن قدامة ١١/٣٢٤.)
أدلة الرأي الثاني: استدل أصحاب المذهب الثاني بالقياس والمعقول.
أما القياس: قالوا لبن البكر كلبن الرجل بجامع الندرة في كل منهما ولبن الرجل لا يحرم النكاح فيكون لبن البكر غير محرم للنكاح.
واعترض علي الاستدلال بهذا القياس: أن ما ذكر من القياس لا يصلح أن يكون مقيداً لكتاب الله تعإلى.
وأما المعقول: فمن وجهين:
الوجه الأول: أنه نادرا جداً وعلي افتراض نزوله فهو رطوبة وليس لبناً.
الوجه الثاني: المرأة ليست زوجة لأحد وليس لهذا اللبن صاحب والتحريم مبنى علي أصله الذي هو إرضاع الوالدة ولدها والبكر ليست والدة لأحد فلا يكون لبنها محرماً.
واعترض علي الاستدلال بالمعقول من أوجه:
=

الحولين فرضاع الكبير لا يحرم وأن يصل اللبن إلى معدة الرضيع وأن يكون اللبن خالصاً لم يخلط بغيره[1]. ولم يتحول عن حالته ولكن الحرمة بين الأم البيولوجية وبين المولود تثبت بتكوين الجنين من بييضتها بالإضافة إلى رضاعتها للجنين, حتى ولو لم تتوافر الشروط السابق ذكرها فى الرضاعة.

خامساً: ماذا يحدث إذا اختلفت الديانة بين صاحبة الرحم والأبوين إذا كانت صاحبة الرحم مسلمة وأصحاب النطفة او كلاهما يدينان ديانة غير الاسلام؟

بمعنى أخر لو كانت صاحبة الرحم المستخدم فى حمل نطف الغير مسلمة وكان صاحب النطفة الذكرية يدين ديانة غير الاسلام إلى من سينسب الطفل الراجح لدينا سينسب المولود الى الأم كطفل زني لأنه لا يجوز فى الشريعة الاسلامية تزوج المرأة المسلمة من غير المسلم هذا فى حالة إذا كانت المرأة منفردة, أما إذا كانت ذات زوج فينسب المولود بالطبع إلى زوج صاحبة الرحم كما سبق وأن ذكرنا.

المطلب الرابع
بعض التطبيقات الهامة على حقوق ابن الرحم البديل
الفرع الأول
الضمانات الدستورية لحقوق الطفل غير الشرعي

نرى أن السبب الرئيسي فى تحريم الزنا والعقاب عليه يرجع إلى حماية

=

الوجه الأول: أن ندرة الوجود لا تمنع عمل الدليل إذا وجد. (المغنى لابن قدامة ٣٢٤/١١).
ولأن أمر الندرة لا يضر كندرة الولادة لأقل من تسعة أشهر أو لأكثر منها فأنه لا يمنع ثبوت النسب ثم يمكن أن ينزل اللبن بالهرمون وعليه فلا يكون نزول لبن البكر نادراً.
الوجه الثاني: لا نسلم لكم أن لبن البكر رطوبة بل هو لبن مادامت له صفته فأن كأن رطوبة (ماء أصفر) فنحن لا نقول بنشر الحرمة. (فتح القدير ٣١٧/٣.)
الوجه الثالث: أنه لبن مغذ يحصل به النشوء فحصلت له الحرمة كما لو ثاب عن حمل.
الرأي الراجح:
رجحان رأي جمهور الفقهاء القائلين بنشر حرمة النكاح بلبن البكر. قال تعالى: (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ) (سورة النساء جزء الآية (٢٣).)

(١) اللبن المخلوط قد يكون مخلوطاً باللبن أو بغيره فأن كان مخلوطاً باللبن فإما أن يكون مخلوطاً بلبن الآدمية وإما أن يكون مخلوطاً بلبن الحيوان والمخلوط بغير اللبن، إما أن يكون مخلوطاً بالماء أو بالدواء أو بالطعام. وأعرضت عن التفصيل خوف الإطالة.

الطفولة ؛ لأن الطفل الذي تلده أم من غير أب شرعي ينشأ محروماً من حسن الرعاية والعناية والتهذيب وربما ينشأ جرثومة فساد وإفساد في الأرض. وليس هذا فحسب بل أنه إذا كان سويا يظل يبحث على أصل نسبه طيلة عمره وبهذا سيصبح عبئا علي المجتمع.

وبالرغم من أن كثير من الدساتير تنص علي حقوق الأسرة كمجتمع طبيعي يقوم علي الزواج، إلا أن بعض الدساتير كفلت حقوقا للطفل غير الشرعي، أي ذلك الذي ولد عن غير زواج. إذ نصت علي أن :

يكفل القانون للأبناء الذين ولدوا خارج نطاق الزواج بكل الحماية القانونية والاجتماعية التي تتفق مع حقوق أعضاء العائلة الشرعية. ومن هذه الحقوق الإنفاق علي الأبناء وتعليمهم وتربيتهم وتأمين القانون لهذه الواجبات عند عجز الوالدين عن الوفاء بها[١].

يكفل التشريع للأطفال الطبيعيين إتاحة نفس الظروف التي يكفلها للأطفال الشرعيين بشأن نموهم البدني والخلقي ومركزهم الاجتماعي[٢].

الزواج الشرعي الوحيد هو الزواج المدني المعقود أمام الهيئات الخاصة وللأطفال غير الشرعيين نفس حقوق الأطفال الشرعيين[٣].

الميلاد بغير زواج لا يمس حقوق الأولاد فالطفل الذي يولد نتيجة زواج غير شرعي يتمتع بكامل الحقوق[٤].

للولد من غير زواج كل حقوق الابن الشرعي في مواجهة أبويه[٥].

والملاحظ في هذا الصدد أن هذه الدساتير نصت علي تمتع الأطفال غير الشرعيين أي هؤلاء المولودين من غير زواج رسمي بنفس حقوق الأولاد المولودين نتيجة زواج رسمي تعترف به الدولة والتي تتمثل أساسا في الإنفاق عليهم وتربيتهم.

---

(١) الدستور الإيطالي لسنة ١٩٤٧ ، م ٣٠، م ٣١.
(٢) دستور ألمانيا الاتحادية لسنة ١٩٤٩ المادة السادسة.
(٣) دستور بلغاريا لسنة ١٩٤٨ المادة (٧٦)
(٤) دستور بولندا لسنة ١٩٥٢ المادة (٦٧)
(٥) دستور يوغوسلافيا لسنة ١٩٦٣ ، المادة (٥٨).

ومن الملاحظ كذلك أن معظم الدساتير التي تنص علي ضمانات خاصة للأطفال غير الشرعيين هي دساتير لدول اشتراكية (بلغاريا، بولندا، يوغوسلافيا).

وبينما تلقى بعض من هذه الدساتير عبء ضمان هذه الحقوق علي الأبوين دون أن تلزم الدولة بشئ في هذا الصدد[1]. فإن البعض الآخر من الدساتير ألزم الدولة بتأمين هذه الواجبات الملقاة علي عاتق الآباء عند عجزهم عن الوفاء بها[2].

وعلى العكس من ذلك ألزمت بعض الدساتير المشرع بكفالة هذه الحقوق لهؤلاء الأطفال دون أن تهتم بمدى مقدرة الأبوين المادية من عدمها[3].

وتقرير هذه الحقوق للطفل غير الشرعي يبدو أمراً منطقياً ؛ إذ لا ذنب له فيما جناه غيره. ولا ينبغي أن يزر وزرا ارتكبه غيره.أو أن يجني الطفل ثمار ما حصده والديه واهتمام الدساتيربتقرير تلك الحقوق لهؤلاء الأطفال إلى حد كبير من المعاناة النفسية التي قد يعانون منها لشعورهم بأنهم ولدوا خارج نطاق الزواج.

ويتفق ما ورد بالدساتير السابقة مع المبدأ الأول الوارد بالاعلان العالمي لحقوق الطفل والذي يقرر تمتع الأطفال بالحقوق الواردة بهذا الاعلان دون أي استثناء أو تمييز بسبب الميلاد أو بسبب أي وضع آخر للأطفال أو لأسرهم.

إذا كان المشرع قد وضع ضمانات دستورية للابن غير الشرعى فمن الأدعى تطبيق هذه الضمانات على ابن الرحم

ماذا يحدث لو رفض الأبوين البيولوجيين إستلام الصغير لوجود عيب خلقي مثلا به , أو لأى سبب آخر فى الوقت الذى تمسكت فيه الأم الرحمية بتنفيذ بنود العقد القائم بينهم؟

قد ترفض الولد ولكن هذا الأمر لا علاقة لصاحبة الرحم فيه, وبالعكس فأنها قد أتمت وأنهت الاتفاق المبرم بينهما. وما علي صاحبة البييضة إلا أن تستلم

(١) ومثال ذلك الدستور اليوغوسلافي لسنة ١٩٦٣
(٢) ومثال ذلك الدستور الايطالي لسنة ١٩٤٧
(٣) ومثال ذلك دستور ألمانيا الاتحادية لسنة ١٩٤٩ ودستور بلغاريا لسنة ١٩٤٨ ودستور بولندا لسنة ١٩٥٢.

المولود حسب العقد، فترفض الأخيرة الاستلام وتحتج بصاحبة البييضة استلام الطفل من المرأة صاحبة الرحم لأسباب تشوهية أومرضية أصابت الطفل. فى الوقت الذى يكون العقد والقانون لا يلزمها بشئ. وهنا أيضاً تحسم المشكلة علي ضوء القواعد العامة في تحديد نسب المولود ومعرفة الأم الحقيقية بصرف النظر عن بنود العقد المبرم بين الطرفين ؛ لأنه باطل بطلانا مطلقا.

وجدير بالذكر يعد النسب حق للطفل ليدفع عنه العار. ولأن ثبوت النسب يحفظ حقه في الرضاع والنفقة والإرث والحضانة وغير ذلك من الحقوق التي أثبتها له الشرع والقانون الوضعي.

ونسب الولد في فاسد القانون يثبت من أمه بالولادة. لا فرق في ذلك بين أن تكون الولادة من زواج صحيح، أو من زواج أو حتى من سفاح. ويترتب علي ذلك أن تلتزم المرأة صاحبة الرحم بنسبته إليها ورعايته وحضانته وإلا تعرضت لجزاءات التى نص عليها المشرع في نصوص القانون المصري الاتى ذكرها

بناء على ما جاء فى نص المادة(٢٨٥ من قانون العقوبات المصري علي أن "كل من عرض للخطر طفلا لم يبلغ سنه سبع سنين كاملة وتركه في محل خال من الآدميين أو حمل غيره علي ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد علي سنتين.

وكذلك نص (المادة ٢٨٦)علي أنه "إذا نشأ عن تعريض الطفل للخطر وتركه في المحل الخالي المبين في المادة السابقة انفصال عضو من أعضائه أو فقد منفعته فيعاقب الفاعل بالعقوبات المقررة للجرح عمداً. فإن تسبب عن ذلك موت الطفل يحكم بالعقوبة المقررة للقتل عمداً.

كما نصت (المادة ٢٨٧) علي أن "كل من عرض للخطر طفلاً لم يبلغ سنه سبع سنين كاملة وتركه في محل معمور بالآدميين سواء كان ذلك بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالحبس مدة لا تزيد علي ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنية مصري".

وكذلك جاء نص المادة" ٣٤٩ إلى ٣٥٣ "من قانون العقوبات الفرنسي والمادتين" ٥٩١ ، ٥٩٢" من قانون العقوبات الإيطالي

ويعلق البعض على المادتين سالفتي الذكر من القانون المصري, أنهما لا تحميان سوى الصغير الذي يقل عمره عن سبع سنين. ولعل ذلك راجع إلى كون الصغير في هذه السن يعتبر غير مميز وغير قادر علي استعادة الوصل بينه وبين أبويه لو أن أحداً من هذين عرضه للخطر. يتركه في محل خال من الآدميين أو معمور بهم ؛ إذ أنه في الحالتين لا يقوى علي كشف وتحديد شخصيته والإرشاد ألي مقر أسرته التي يكون قد فصل بينه وبينها.

أما مواد القانون الفرنسي فإنها تشمل بحمايتها كل صغير أيا كان عمره. وكل عديم للأهلية, متى كان هذا أو ذاك غير أهل لحماية نفسه بنفسه ، hers d'etat de se proteger eux-memes لأسباب تتعلق بحالته الجسمية أو العقلية .a raison de leur etat physique ou mental

والمادة (٥٩١ من قانون العقوبات الإيطالي) تشمل بحمايتها كل شخص عمره أقل من أربع عشرة سنة وكل شخص عديم الأهلية بسبب مرض في العقل أو الجسم أو بسبب الشيخوخة أو أي سبب آخر يجعله عاجزاً عن رعاية أمور نفسه, متى كان الفاعل حارسه أو كان ملتزماً برعايته وتخلى عنه.

(والمادة ٥٩٢) من ذلك القانون تشمل بحمايتها كل طفل حديث العهد بالولادة يتخلى عنه الفاعل حفاظاً علي شرفه أو شرف قريب مقرب.

والفعل المادي المكون للجريمة في القوانين المصري والفرنسي والايطالي هو التخلي عن الصغير من جانب المسئول عن تربيته بتركه لحال سبيله بين أيدي المصادفات والمستقبل المجهول. هذا الصغير يلزم أن يكون سنه أقل من سبع سنين طبقا للقانون المصري أو أن يكون عاجزاً عن رعاية نفسه بنفسه أيا كان سنه طبقا للقانون الفرنسي أو أن يكون سنه أقل من أربع عشرة سنة طبقا للقانون الإيطالي.

وعبر القانون المصري عن الفعل الإجرامي بعبارة التعريض للخطر والترك وعبر عنه القانون الفرنسي بعبارة التعريض exposition أو الترك delaissement وعبر عنه القانون الإيطالي بعبارة التخلي abbandone.ومن

أمثلة الجريمة في فرنسا التخلي عن الصغير أو عديم الأهلية في طريق عام أو ميدان[1].

تعليق الباحثة:

هذا وقد جاء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (٢٢ يناير ١٩٨٨)[2]، والذي يبطل اتفاق الإنجاب بتأجير الأرحام؛ لما يؤدي إليه من تنازل أحد الأبوين عن الطفل الذي سيولد مستقبلاً. حيث أن المتأمل لمضمون هذا الإبطال يجده متعلقا ببطلان محل التزام الحامل وهو التنازل عن الطفل الذي سيولد وليس له علاقة بوسيلة تأجير الرحم ذاتها؛ لأن محل العقد فيها مجرد عما ينشئه من التزامات هو محل مشروع وأنما بالنظر إلى ما يرتبه ذلك العقد من التزامات تقع علي عاتق طرفيه ويجسد محل هذه الالتزامات مخالفة صريحة (لنص المادة ٣٥٣ من قانون العقوبات الفرنسي) فإن محل التزام الحامل هنا يبطل لمخالفته

(١) التخلي عن صغير علي باب ملجأ للأيتام بعد طرق جرس هذا الباب وتخلي والدين عن ابنهما الصبي في غابة أو وسط جمهور من الأشخاص وترك الوالدين طفلهما في غرفة خالية من الأشخاص أو في بئر سلم أحد المنازل أو في فناء مهجور لمنزل أو في حانوت به أشخاص كثيرون يرجى منهم ملاحظة الطفل لفترة قصيرة والهروب بعد ذلك إلى غير رجعة وتسليم الطفل إلى شخص في الطريق أو متنزه عام يرجي منه أن يلاحظ الطفل لبرهة قصيرة والهرب بعد ذلك دون عودة.
وقضت محكمة النقض الفرنسية بإدانة سيدة غير راغبة في تنشئة ابنتها البالغة من العمر ثمانية أيام توسلت إلى شخص ليحمل عنها ابنتها لبرهة يسيرة تعود بعدها إلى أخذها غير أنها أنفكت هاربة ولم تعد.
كما قضت هذه المحكمة بأنه إذا أودعت سيدة ابنها في حديقة عامة بعد أن خاطب بملابسه بطاقة تبين اسمه واسمها وعنوانها وتذكر أن بؤسها الشديد اضطرها الي التخلي عنه وأنه ترجو من يجده أن يأخذ علي عاتقه تربيته فأنه إذا ظلت تلك السيدة بعد ذلك تترقب من بعيد حتى رأت شخصا يعطف علي ابنه ويقتاده معه لا تعاقب في حين أنها تصبح حقيقة بالعقاب إذا لاذت بالفرار فوراً بعد تركها طفلها في الحديقة العامة علي تلك الصورة.
وتمشياً مع المنطق ذاته حكم ببراءة أنسة أم أحضرت ابنها إلى منزل عشيقها في حضور عدة أشخاص تاركة أياه في هذا المنزل وببراءة أم سلمت أبنها إلى فتاة معروفة لها عمرها ثلاث عشرة سنة مكلفة أياها بأن تحمله إلى الملجأ.
فالمعول عليه في الأدانة علي جريمة التعريض للخطر والترك سواء في محل خال أم معمور بالآدميين هو أنصراف إرادة الفاعل الي قطع كل صلة بينه وبين الصغير وترك هذا الأخير مجردا من كل رعاية ومن كل دليل يمكن من الاهتداء الي المكلف برعايته.

(٢) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٢ يناير ١٩٨٩م، المجلة الفصلية للقانون الصحي والاجتماعي، سنة ١٩٨٨ م، ص ٣١٢.

نصاً يتعلق مضمونه بالنظام العام, وهذا وإن دل فأنه يدل على موقف الفقه الفرنسى من أن الأم بالرحم هى الأم الوالدية وليست البيولوجية

فالتصرف لا يرد علي جسد المرأة الحاملة وحدها بل يرد أيضاً علي الطفل ؛ فقد يتعرض هذا الطفل لعدة مخاطر نتيجة استيلاد بطريق التشتيت ما بين امرأتين.

الأمر الذي يجعله عرضة لرفض الأم التي ولدته تسليمه لأبويه الوارثين, وتنقلب الآية حينما يرفض استلامه أبويه البيولوجيين(١).

كما ذهب بعض من الفقه المصري إلى وصف ركن المحل في عقد الرحم البديل أنه تقديم رحم خالياً وظاهر, فلا مناص من أن يكون الرحم غير مشغول بحمل وجهازها التناسلي طاهراً من كل معوقات الحمل بأن تكون غير نفساء أو حائض(٢).

ويرى البعض - ونحن نؤيدة - أن السبب فى هذا البطلان المتمثل فى محل التزام صاحبة الرحم المستأجر المستأجر، فبمجرد الولادة تثبت صفة الأمومة لدى القانون والفقه والقضاء في فرنسا للأم التي حملت وليس للأم البيولوجية(٣).

ويستفاد مما سبق بالرجوع إلى النظام الفرنسى ونحن نؤيده, أنه يؤيد ثبوت الأمومة لصاحبة الرحم المستأجر ، بمعنى أنه لو كان القانون الفرنسى مؤيد لثبوت الأمومة إلى الأم البيولوجية

لكان نظام الرحم المستأجرغير عرضة للبطلان المؤسس علي التزام الحامل بتسليم الطفل لوالديه البيولوجيين ؛ لأنها حينئذ تسلمه لأمه الحقيقية الأمر الذي لا يتشكل معه المخالفة الجنائية الواردة في(المادة ٣٥٣)من قانون

---

(١) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٤١١ — ٤١٣.
(٢) د/ عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص ١٢٦.
(٣) يظهر ذلك بجلاء في الأقضية التي طرحت أمام القضاء الفرنسي وكأن محلها التنازع بين الم الجينية والأم بالحمل والوضع أو التي طلب من خلالها تبني الطفل من الأم البيولوجية فلو كانت هي أمه الحقيقية لما طلبت التبني ولما تردد القضاء أحياناً من إجاباتها ذلك الطلب، أنظر سابقا موقف القضاء من فكرة الرحم البديل، ص ٢١٧ وما بعدها من هذا الكتاب.

العقوبات الفرنسي. ومن ثم يكون عقد الرحم المستأجر من العقود الصحيحة عندهم ويرتب الأثاره من الالتزامات المتبادلة مثل باقي العقود.

ونستنتج من عرضنا للقانون الفرنسى أنه لا يجرم رفض الأبوين البيولوجيين لاستلام الصغير لثبوت الأمومة للام الرحمية ولزوجها. وهذا ليس على أساس العقد المبرم بينهم فحسب بل على أساس قواعد ثبوت النسب السابق ذكرها.

ومن منطلق ذلك هل يستطيع ابن الرحم المستأجر بعد بلوغه سن الرشد مقاضاة الطبيب أو المركز الذى ساهم فى العملية وكان طرفا اساسى لإتمامها حتى أنه لولاه لما نجحت العملية ولما كان لهذا الكائن فى الوجود؟

وهذا بناءا على الضرر الادبى المتجسد فى الإيذاء الذي يصيب الإنسان في شرفه أو في حق عن حقوقه الأدبية أو هو ما يصيب الإنسان فى شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه. فالضرر الأدبي هو الذي يمس المشاعر والأحاسيس أى أنه عبارة عن الألم والحزن الذي يصيب الإنسان[1].

أما الضررالأدبي فإنه يصور في مسئولية الطبيب العقدية فى حالة ما إذا أساء علاج المريض فأن ذلك يصيبه بضرر أدبي في صحته. أما إذا أفضي له سواء لا يجوز إفشاؤه. فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته كان يشهر الطبيب بإنسان مولود من الرحم المستأجر لا يعرف أصلة الجينى ، ففي هذه الحالات يوجب القانون التعويض عن الضرر الأدبي كالتعويض عن الضرر المادي.

و لكن لا ينتقل حق التعويض عن الضرر الأدبي إلي الغير في محال له أو وارث ، إلا إذا تحدد الضرر بمقتضي اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء (م ٢٢٢ مدني)[2].

---

(١) استاذنا الدكتور / عبد الله مبروك النجار. الضرر الادبي ص٢٣ – د/ عبد الودود يحي – الموجز في النظرية العامة للالتزامات – أحكام الالتزام ص٤٥ دار النهضة العربية سنة ١٩٨٦م

(٢) د/ عبد الرازق السنهوري – مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج٦ ص١٣٢

والخلاصة أن الطبيب أو المركز يسأل مدنيا عن الاضرار التي يلحقها بالشخص الناتج من رحم مستأجر– وفقا لمعيار الخطأ السابق – سواء أكان مسئولية عقدية أم مسئولية تقصيرية، وسواء أكان الضرر جسمانيا أم أدبيا.

الفرع الثانى

الحالة المدنية لإبن الرحم البديل

لا جدال فى أنه يكون لابن الرحم البديل من الزوجين على ما تقدم، كافة الحقوق التى للطفل الشرعى بعد الولادة، كما يتحمل قبل أقاربه بالإلتزامات التى يقررها القانون على الأقارب. على أساس قيام رابطة القرابة التى تحدد وضعه بإعتباره عضواً فى أسرة معينة، لتحقق نسبه من أبيه وولادته من أمه التى هى زوجة لأبيه فى الوقت ذاته. وبناء عليه تتحدد له الحالة المدنية التي تميز شخصية منذ الميلاد وحتى الوفاة وتظل هذه الحالة ملازمة للفرد؛ كي يتميز بها عن غيره من الأفراد. لأنها بعناصرها المحددة تحول دون الخلط أو اللبس بين الفرد وغيره من أفراد المجتمع. لذا فإن الحالة المدنية تعكس بذلك الصورة الحقيقية والحالة الواقعية لصاحبها. الأمر الذي يستلزم تمتع الفرد بحالة مدنية واحدة. لذلك لا يجوز أن يكون للفرد أكثر من حالة مدنية كما يجب أن تتسم هذه الحالة بالثبات ولا يحق لصاحب الشأن التنازل عنها أو التصرف فيها كما أنها لا تسقط بعدم استعمالها ولا تكتسب بحيازتها مهما طال الزمن.

وبناء علي ذلك فإن عملية تأجير الأرحام المتجسدة فى دور كل من الأم الرحمية والأم البيولوجية سوف تؤدي إلى عدم تثبيت عناصر حالة الطفل المدنية. ذلك أن الأم البيولوجية ليست هي الأم الحقيقية للطفل. ونرى أنه لا يمكن وصفها كالمرضعة للأسباب التى سبق ذكرها. والراجح لدينا كما أسلفنا أن الأم الرحمية ينبغى أن تكون هى الأم الاصلية. وهذا بعكس ما ذهب عليه رأى الأغلبية حيث رأوا أنه لو كانت الأم بالإنابة هي الأم الطبيعية للطفل لما تنازلت عنه مقدما من أجل أغراض مادية بعيدة كل البعد عن فكرة الأمومة الحقيقية[1].

(١) Geller (cacha) "Meres porteuses, oui ou non", Frison roche, 1991, p. 101 et s.

وبالتالى نكون هنا أمام نظام فرض على المولود من الرحم البديل كضرورة ذكر الوالدتين فى وثيقة الميلاد أحدهما الأم الأصلية والأخرى الجينية. وهذا حفاظا على عدم اختلاط الأنساب فى المستقبل. ولا شك من أن هذا يتعارض مع الحالة المدنية التى كان ينبغى أن يكون عليها المولود من الإنجاب الطبيعي الامر الذى جعلنا نبحث حول مدى أحقية المولود فى مطالبة تعويض عما قد يلحقه من ضرر من جراء هذه العملية

رأى الباحثة وتوصيانه:

بداية نرى من خلال الدساتير الخاصة والمنظمة لحقوق الطفل[1] أن هناك مسافة واسعة وفجوة كبيرة بين هذه النصوص وبين تطبيقها. وأن هناك تشتت بين

---

(١) على سبيل المثال وليس الحصرأقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة للاعلأن العالمي لحقوق الإنسان الديباجة: من ديسمبر (كانون الأول) ١٩٤٨ أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلأن العالمي لحقوق الإنسان وأعلنته ويعد هذا الحدث التاريخي دعت الجمعية العامة الدول الأعضاء ألي ترويج نص الإعلأن والي العمل علي نشره وتوزيعه وقراءته ومناقشته وخصوصا في المدارس والمعاهد التعليمية بدون اي تمييز بشأن الوضع السياسي للدول أو الأقاليم.

الديباجة :-

لما كان الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة هو أساس الحرية والعدل والسلام في العالم.

ولما كان تناسي حقوق الإنسان وازدراؤها قد أفضيا ألي المستوى المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه كافة الشعوب والأمم التي يسعى كل فرد وهيئة في المجتمع واضعين علي الدوام هذا الإعلأن نصب أعينهم ألي توطيد احترام هذه الحقوق والحريات عن طريق التعليم والتربية واتخاذ إجراءات مطردة قومية وعالمية لضمان الاعتراف بها ومراعاتها بصورة عالمية فعالة بين الدول الأعضاء ذاتها وشعوب البقاع الخاضعة لسلطاتها.

- المادة الأولى: يولد جميع الناس أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق وقد وهبوا عقلا وضميرا وعليهم أن يعامل بعضهم بعضا بروح الإخاء.
- المادة الثانية: لكل أنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلأن دون اي تمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر دون أي تفرقة بين الرجال والنساء.
- المادة الثالثة: لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه.
- المادة الرابعة: لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعها.
- المادة الخامسة: لا يعرض أي أنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة.
- المادة السادسة : لكل أنسان أينما وجد الحق في أن يعترف بشخصيته القانونية.

=

=

- المادة السابعة : كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة منه دون أية تفرقة كما أن لهم جميعا الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد اي تحريض علي تمييز كهذا.
- المادة الثالثة عشر:
١- لكل فرد الحق في حرية التنقل واختيار محل أقامته داخل حدود كل دولة.
٢- حق لكل فرد أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة اليه.
٣- الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.
- المادة الخامسة والعشرون:
١- لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة علي الصحة والرفاهية له ولأسرته ويتضمن ذلك التغذية والملبس والمسكن والعناية الطبية كذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة وله الحق في تأمين معيشته في حالات البطالة والمرض والعجز والترمل والشيخوخة وغير ذلك من فقدان سائل العيش نتيجة لظروف خارجة عن إرادته.
٢- للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين وينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء أكانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعي أم بطريقة غير شرعية.
المادة الثامنة والعشرون:
١- علي كل فرد واجبات نحو المجتمع الذي يطاح فيه وحده لشخصيته أن تنمو نموا حرا كاملا.
٢- يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التي يقررها القانون فقط لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي.
الإعلان العالمي لحقوق الطفل
وجديرا بالذكر لقد شكل الإعلأن العالمي لحقوق الطفل الصادر في ٥٩/١١/٢٠ آمال الإنسانية جمعاء في رعاية الطفل وضمان حقوقه وعمدت كثير من الدساتير الوضعية إلى إدراج عدة نصوص بحيث تتمشى مع مضمون وروح هذا الإعلأن. بل أن هناك من الدساتير مع قرر حقوقا للطفل بالرغم من صدورها قبل ذلك الإعلأن ويرجع ذلك إلى أن هذه الدساتير جاءت متمشية مع الإعلأن العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ كما أن الإعلأن العالمي لحقوق الطفل قد تضمن العديد من الحقوق والحريات المنبثقة عن الإعلأن العالمي لحقوق الإنسان.
- ولما كان محو اهتمامنا ينصب علي المسائل الدستورية وعلي مدى عناية المشرع الدستوري بحماية حقوق وحريات الأفراد فلقد رأينا الإسهام في مجال حقوق الطفل بمحاولة تستهدف بيان موقف المشرع الدستوري في العديد من دساتير دول العالم من مسألة حقوق الطفل وإلى أي مدى ذهب ذلك المشرع في هذا الصدد وهل اكتفى فقط بتقرير حقوق الأطفال دون أي أشارة للضمانات المتعلقة بها. وسوف نقوم بتحديد تلك الحقوق أو الضمانات المقررة في الدساتير المختلفة مقارنين بينها وما ورد في الإعلأن العالمي لحقوق الطفل. بهدف معرفة مدى حرص المشرع الدستوري علي تطبيق تلك الحقوق التي حرص الإعلأن المذكور علي تقريرها وتوكيدها[1] .ونحن على ظهر عام ٢٠١١ فإلى أى مدى تم التطبيق والاستفادة من هذه الدساتير والنصوص الوضعية

=

الأخذ بتناسق العبارات بعضها مع البعض مما أدى إلى ضعف النص الدستوري المشار إليها هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى كيف أعطى المشرع هذا الاهتمام كله بالأسرة عامة والطفل خاصة وأدى بنا المطاف إلى إنتاج أطفال من تأجير الأرحام.

مما لا شك فيه أن عملية استئجار الأرحام سوف يتولد عنها أمومة مشتتة هذا بالنسبة للطفل ويتبعها واضطراب النفسية للطفل لكونها وما يترتب عليها من مشاعر عكسية تجاه الطفل الناتج من جراء هذه العمليه مما قد يؤدى إلى التفكك الأسرى. هذا بالإضافة إلى المشاكل التى سوف تنشأ على أثره بين أطرافها

الراجح لدينا من هذه العملية أن تنازل الأم عن وليدها يعد بيعا كما أسلفنا الذكر. وليس تنازلا بمعناه المفترض ؛ لأنه تصرف بمقابل مادي. وهذا لا يتوافر فى التنازل. وتدعيما لهذا الرأى نستدل بما ذهب اليه فقهاء العصر الحديث الأستاذ R.SAVATIER إذا يقرر: "أن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلاً للتجارة. ولا يمكن أن تكون أعضاؤه محلاً للبيع بالتجزئة. فالقيم الإنسانية تسمو

=

وخاصة بعد ظهور أوجه القصور التى أخذت على المشرع المصري بشأن الحماية الجنائية التى كفلها القانون لحق الجنين والتى وجدنا أنه يشوبها العديد من أوجه القصور وذلك من حيث :

أ- لم يعاقب القانون الجنائي المصري على الأفعال التى يكون من نتيجتها إيقاع الإيذاء البدني بالجنين (تشوه الجنين) دون أن يتجاوز ذلك إلى تحقق فعل الإسقاط المعاقب عليه.

ب- لم يعاقب القانون المصري على الشروع فى الأجهاض ونص علي ذلك صراحة فى مادته ٢٦٤ عقوبات بقوله: " لا عقاب على الشروع فى الإسقاط "

ت- لا يزال المقنن المصري بعيدا كل البعد عن وضع تقنين ينظم الممارسات الطبية التى تمس جسد الإنسان بشكل عام والجنين بوجه خاص والدليل على ذلك الاعتداء على الجنين باى شكل . ... قتل الأنسان بلا ذنب الغرب يحرم إفساد البويضات المخصبة ونحن نقتل كائنا حيا يجرم الغرب مجرد الاعتداء على البويضة المخصبة فى بنوك النطف والأجنة ويعتبرها كائنا له قداسته ونحن نعتبر الجنين الذى يتخلق فى بطن أمه المائة والعشرين يوما ليس شيئا يذكر وليس كائنا فى فهم خاطىء لحديث رسول الله " ﷺ " الذى يقول أن الإنسان يجمع خلقه فى بطن أمه أربعين يوما نطفة وأربعين يوما علقة وأربعين يوما مضغة ثم ينفخ فيه الروح.

وقد ذهب علماء الاجنة إلى أن هذه الأربعينيات لم ياتى ذكرها الا على سبيل التأكيد فالجنين يكون حيا فى أربعين يوما الأولى بدليل تحركه في بطن أمه بعد سبعة أو ثمانية أسابيع لذا فأن الاعتداء على الجنين بعد الأربعين يوما الأولى اعتداء على النفس فإذا كان الاعتداء عليه مخافة الفقر فان الرازق هو الله.

علي المال. ولما كان الحب أسمى هذه القيم فأن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال"[1]. وكذلك كان هذا نفسه موقف التشريعات من المتاجرة[2].

بالإضافة إلى ما ذهب اليه فقهاؤنا[3] أن من يقوم ببيع ما لا يملكه لا ينعقد بيعه ؛ لأن من شروط الانعقاد في عقد البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع، ودليل ذلك ما روي عن عمرو[4] بن شعيب عن أبيه عن جده، أن رسول الله - ﷺ - قال: "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك"[5].

فهل النصوص السابقة غائبة عن الوعي؟ أين تطبيق نص الدستور القطري (لسنة ١٩٧٢، م ٧٠) "علي حماية النشء من الإهمال النفسي....." وعلي حد قول الدستور الكويتي (لسنة ١٩٦٢) من الإهمال الأدبي، م(١٠) أين تحاشى الإهمال الادبى للطفل المولود من الرحم المستأجر والصراع حول نسبه الذى يطارده العمر كله

---

(١) Rene Savatier Les problemes juridiques des trans plantations d'organes humains. J.C.P. Paris (١٩٦٩) p. 2247.

(٢) يقصد بالمتاجرة بالأعضاء أعمال البيع والشراء للأعضاء البشرية، كالكلى والرئة والجلد والدم.
وقد اعتبر المجلس الأوروبي أن الاتجار في الأعضاء البشرية يعد من قبيل الاتجار بالبشر ويمثل أنتهاكا أساسيا لحقوق الأنسان – في هذا
يراجع : د. سوزي عدلي ناشد – الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي في والاقتصاد الرسمي – بحث سابق – ص ٢١١.

(٣) بدائع الصنائع ١٤٦/٥ وما بعدها بداية المجتهد ونهاية المقتصد – لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي – المتوفي ٥٩٥ هـ - دار المعرفة بيروت – طبعة ١٩٨٩م – ١٢٨/٢، مغنى المحتاج ١٥/٢، كشاف القناع ١٥٧/٣ وما بعدها.

(٤) عمرو بن شعيب بن محمد السهمي القرشي أبو إبراهيم من بني عمرو بن العاص تابعي وثقة يحيي بن معين وابن راهويه من رجال الحديث وكان يسكن مكة وتوفى بالطائف سنة ١١٨ هـ - شذرات الذهب ١١٥/١، الأعلام ٧٩/٥.

(٥) سنن النسائي – كتاب البيع – باب بيع ما ليس عند البائع ٢٨٨/٧، سنن ابن ماجة -- للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني – المتوفى ٢٧٥ هـ - دار الريان للتراث – كتاب التجارات – باب النهي عن بيع ما ليس عندك ٧٣٨/٢.

ولا شك من أن السبب فى زيادة ضياع حقوق الطفل هو غياب تطبيق الدستور– وفي تقديرنا – أن الدولة تلعب دورا خطيرا تجاه الطفل. لذلك اعتبر المشرع الدستوري الدولة شريكا في رعاية الأطفال أن لم يكن المسئول الأول عنها فينبغي أن تكون الدولة يقظة تماما إلى مخاطر عدم تطبيق وفاعلية هذه النصوص، جميل أنها اجتمعت ونصت وشرعت. ولكن ليس من العدل أن توضع هذه التشريعات على الأرفف ويترتب على ذلك تقصير فى حق أطفالنا. وعليها أن تبذل كل ما في وسعها لكي تحمي هؤلاء من عوامل الفساد ومن الاستغلال وإلا تقصر في ذلك ولو قصر الوالدان – لأن نتيجة تقصير الوالدين لا تعود عليهما وحدهما وأنما تعود علي المجتمع بأسره. كما أن الرعاية الجسمانية والأدبية قد لا تكون في وسع الوالدين بينما هي في وسع الدولة. وفي مقدورها مساعدة البشر اقتصاديا حتى لا يضطروا إلى المتاجرة بأجسادهم وأطفالهم.

حيث أنني أرى أن المشكلة الأساسية تنحصر فى سوء الأحوال الاقتصادية مع غياب العقل والثقافة الجنسية والوعي الاجتماعي الذى بغيابه حرم الكثير من أصحاب العقول الضعيفة التى لا تميز بين الأمور المهمة عندهم المأكل والمشرب فقط ولا يضعون دون الأخذ فى الاعتبار إلى النواتج والبواعث ؛ لذلك كان من الضروري أن نوظف دور الإعلام لانتشار الوعي بين هؤلاء الطبقة التى تنتشر فى دول العالم المضمحل اقتصاديا كالهند مثلا ؛ لذلك ينبغى على الإعلام المرئي والسمعي أن يهدف لتوعية الأفراد إلى تنظيم الاجتماعي للحياة الجنسية إلي غرضها الاجتماعي باعتبارها باعث علي الزواج ثم علي أنشاء الأسرة التي تتكون عناصرها من الأطفال الذين يعدوا غداة المستقبل. وتفادي شيوع الفوضى الجنسية التي تحمل معها الفساد الخلقي والانحلال الاجتماعي وما لا يحصى من الأمراض النفسية والبدنية[1] للأطفال الناتجين من هذه الفوضى الجنسية، وهذا ما نواجهه في موضوعنا، أن يتم إنتاج أطفال قدر لهم أن يكونوا بين أسرة تشيع بينها الفوضى الجنسية مؤلفة من أبوين أب

(١) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء علي الأشخاص، القاهرة ١٩٧٨، رقم ٣٣٣ ص ٣٢٨.

بيولوجي وأب آخر هو صاحب الفراش وأم هي صاحبة جينية وأم أخرى رحمية حملته ووضعته.

فلا ذنب لهذا الطفل " ولا تزر وازرة وزر أخرى " بأن خلق, ولكنه خلق ووجد بهذه الطريقة بين هذا العالم, حيث لا يستطيع الشرع والقانون والمجتمع أن يحدد له هوية نسبه ويضعه بين أسرة كأي طفل طبيعي ولد من أم وأب فقط.

وجدير بالذكر أن عملية استعانة الأرحام يحيطها فى الغالب السرية والكتمان، وهذا بناء على رغبة أصحاب النطف البيولوجية خوفا على مستقبل وليدهما هذا من ناحية, ومن ناحية أخرى فى غالب الأمر يكون الدافع الاساسى لصاحبة الرحم المستأجر هو الاحتياج الشديد إلى المال وبالتالى لا تنظر إلى من هو المولود أو أين سيذهب بعد تسليمة وإلى غير ذلك, حتى يستقر حالها وبعد ذلك تبدأ فى الافاقة من الذى كان يجرى لها ويكون الطفل المولود هو الضحية, وبالتالى يكون فريسة للأوهام التى تشكك فى نسبه، ولاشك من أن الأم الرحمية قد ترتكب الأم الرحمية خطأ كبير إذا أبعدت عنها طفلها التي حملت به ووضعته حيث أنه سيترك أثارا سيئة وسلبية علي نفسية الطفل فيما بعد، وقد لا تزول هذه الآثار إذا علم أن التي حملته ولاقت المتاعب والصعاب من أجله ووضعته ثم قبضت ثمنه امرأة أخرى غير التي أنتسب إليها وهذا سيكون له وقع سيئ علي حياته النفسية والاجتماعية.

الأمر الذي سيربي أفراد الأسرة على نوع من عدم الثقة بينهم، فإذا اختفت الثقة والصدق من الأسرة، فذلك سيشكل خطرا كبيرا على الطفل خاصة وكل أسرة عامة وبالتالي على المجتمع بشكل عام.

أما عن أهم التوصيات والمقترحات التى يمكن أن أتقدم بها لصالح المولود فى نهاية هذه الرسالة فتتمثل فيما يلى:

- أتوجه إلي المجتمع الدولي ومنظمة حقوق الإنسان أن ينظروا لهذا الطفل المتولد من عملية إجارة الأرحام بعين الاعتبار, على أن يتم تفعيل الدساتير الخاصة بحقوق الطفل ؛ لأنه لو فعلت هذه الدساتير من يوم صدورها لما وصل بنا الحال لما نحن عليه اليوم من إنتاج أطفال من الأرحام المستأجرة.

والراجح لدينا بعد عرضنا لنصوص الدساتير والقوانين واللوائح المنظمة لحقوق الطفل وبعد سنوات طويلة عن إصدار هذه القوانين :

نجد أنه من الضروري أن نطفو بهذه القوانين على السطح ونطرحها علي الرأي العام للمناقشة, بعد أن كان محبوسا في حجرة اغلقتها لجنة تعديل القانون علي نفسها ؛ لأننا وجدنا أن هناك إهدارا لفاعليتها واخص هنا الحوار بالتحديد على الصعيد الاقليمى العربى وليس العالمي ونرى أن هذه الدساتير خيبة للآمال بعد أن صبرنا هذه السنوات انتظارا لحلول حاسمة صريحة تواجه المشكلات التى تقع على الأطفال التى منها مشكلة تشغيل الأطفال أقل من السن القانونى حتى أنني أرى أن هناك غيابا للوعي مازال مستمرا عند الاهإلى الذين ينتمون إلى الطبقة المنعدمة الفقيرة بتشغيل بناتهم فى المنازل تحت سن العاشرة وغير ذلك من المشاكل التى يمكن لنا حصرها وحلها, وأخيرا لعل ما سبق كاف للقول بأن أكبر دليل على عدم تفعيل هذه القوانين ظهور أولاد الرحم المستأجر, وليس هذا فحسب بل الخوف من أن يتطور هذا الموضوع إلى اللجوء لهذه العملية ؛ كي يسيء الآباء لهؤلاء الأبناء فى الاتجار بهم وتشغيلهم فى أمور غير مشروعة فباسم حقوق الطفل والدساتير التى ينادى بها هذا الدستور يجب الحد من هذه الظاهرة ومحاربتها.

- لذلك نلتمس من المشرع بالإسراع من اتخاذ التدابير اللازمة بشأن الحيطة من منع تسرب تلك العمليات إلى مجتمعنا الإسلامى ؛ لأنه بناء على ما توصلنا اليه من خلال رسالتنا المتواضعة وجدنا أن مصدر هذه العمليات من الدول التى لا تدين أى شريعة سماوية وهناك بعض النماذج لهذه الدول ولعدم الإطالة يمكن الرجوع إليها من هذا الكتاب.

- كما نرى أن بتفعيلة الدساتير الخاصة بحقوق الطفل سوف نرسم معالم الطريق إلي التقدم ؛ لأن ذلك فيه حماية الأسرة فهى الخلية الأولى للمجتمع, ويريد أن تتوافر لها كل أسباب الحماية, ولا شك من أن الطفولة صانعة المستقبل تتوقف علي إيجاد وعي قانوني جديد فسوء الأحوال الاقتصادية والاجتماعية مرده – ألي حد كبير – أن الشعور بالقانون مفقود القوة عديم الروح خال من الإحساس ؛ لغياب المشاعر الأخلاقية والإنسانية.

وأخيرا فإننا نرجو من اللجنة الموقرة التي تبحث وتنظم تشريعات الأسرة أن تجعل في صدر تشريعاتها نصا واضحا ينبه إلي خطورة وضع الطفل. مع ضرورة تبنى القضايا الخاصة به وللجنة أسوة بالقوانين المقارنة التى صدرت بشأن الاهتمام بحقوق الطفل. ولها أسوة بالتشريعات الأسرة التى تنادى بتطبيق وتفعيل الدساتير الخاصة بحقوق الطفل. وكلها لا تجيز العلاقات غير الشرعية التى يثمر عنها أطفال لا دخل لهم بالوسيلة التى ولدوا منها.

قضية :

ويحظى علاج الإخصاب خارج الجسم في الهند بشعبية ؛ لأنه يوجد اثنان على الأقل بين كل عشرة أزواج في الهند يعانون من مشاكل العقم.

وتواجه الهند أزمة عقم، مع توقع تضاعف أعداد الأزواج الذين يواجهون مشاكل في حدوث الحمل في الأعوام العشرة المقبلة.

ولكن تثير الأمومة البديلة أيضا شكوكا أخلاقية واجتماعية وقانونية حول كل من المرأة و«الطفل المطلوب». ومن أجل استيعاب القضايا المتعلقة بالأمر، دعونا ننظر في قصة مانجي يأمادا الطفلة التي ولدت لأم بديلة هندية في عام ٢٠٠٨، لصالح زوجين يابانيين.

ولدت "مانجي " في ٢٥ يوليو (تموز) في أناد، وهي بلدة قريبة من" أحمد أباد" في غوغارات، في عيادة للخصوبة عقدت اتفاقا مع إيكوفومي يأمادا (٤٥ عاما)، وزوجته في ذلك الوقت يوكي يأمادا (٤١ عاما)، من أجل حمل وولادة الطفل بمساعدة الأم البديلة "بريدي باتل"

ولكن أنفصل الزوجان قبل ولادة الطفلة، ولم تعد يوقي راغبة في تبنيها. وتخلت باتيل أيضا عن الطفلة بعد الولادة، قائلة أنها أدت المهمة التي حصلت على مقابل من أجلها. ويريد " إيكوفومي ياmادا "، الطبيب من طوكيو أن يتبنى مانجي، ولكن القوانين الهندية لا تسمح بتبني أب عزب لابنة، لتصبح الطفلة مهملة.

ولكن بعد أشهر من الإهمال القانوني، منحت المحكمة العليا الهندية حضانة الطفلة إلى جدتها لأنها ولدت في الهند.

ويشعر طبيب الطفلة "سانجاي أريا " بالذهول من القضية، حيث يقول: «عندما تحمل الطفلة ٥٠ في المائة من مادة والدها الوراثية، ما هي أهمية أن يكون عليه تبنيها؟ أنه والدها الطبيعي» ومن الضروري مناقشة قوانين جديدة من أجل «حماية حقوق الأطفال والحقوق العاطفية للأمهات». ومن بين القضايا التي يجب مناقشتها ما إذا كان من الواجب السماح للمثليين والأمهات الوحيدات بالأستعانة ببدائل وما إذا كان من الواجب فرض حد أقصى لسن العملاء ومن

ومن بين المناطق الرمادية أيضا جنسيات وآباء الأطفال الذين يولدون باستخدام بويضات وحيوانات منوية من أزواج غربيين، ولكن تحملهم سيدات هنديات.

ولكن لا تفعل جميع الأمهات البديلات هذا الأمر بسهولة. وعلى سبيل المثال، أجبر الخوف من مقاطعة المجتمع، عمرانة سليمان (ليس اسمها الحقيقي)، زوجة سائق توك توك، إلى التكتم الشديد على حملها بالأنابة.

وهي حامل في جنين لزوجين مسلمين من عمان. ويعتقد أطفالها الأربع أنها ذهبت إلى دبي من أجل العمل كمربية في عقد يستمر لمدة عام.

ولكن في الحقيقة، هي تعيش في شقة في "أحمد أباد " بمساعدة طبية ومعها سبع سيدات أخريات يحتفظن بأمر حملهن بالأنابة سرا.

وتقول عمرانة: «سأحصل على ٢٥٠,٠٠٠ روبية، أولا سأتخلص بها من دين يبلغ ١٠٠,٠٠٠ روبية اقترضه زوجي، وسأشتري أيضا توك جديدا من أجله».

وتحمل بوشابا بأنديا (٢٧ عاما)، والتي أنجبت طفلا لصالح زوجين من لندن في العام الماضي، في الوقت الحالي جنينا لزوجين آخرين من الولايات المتحدة.

لقد حصلت على ٢٠٠,٠٠٠ روبية في الولادة الأولى، مما ساعدها وزوجها جاديش، الذي يعمل في توصيل الطلبات في شركة أعمال معاونة، على بناء منزل صغير لهم.

وتقول بوشبا أنها ستستخدم عائدات الولادة الثانية من أجل تعليم ابنتها التي تريد أن تصبح طبيبة. وهي تحظى بدعم من زوجها. وتقول : " لقد مللنا من الفقر، وهذه أفضل طريقة لعيش حياة كريمة"

ومن خلال ما سبق تبين أن هذه المشكلة ليست مشكلة المرأة باعتبارها عضو أساسى فى هذه العملية وحدها, بل أن المشكلة تمس كيان المجتمع. فالسيدات اللاتي يؤجرن أرحامهن معظمهن من المطلقات وسبب الانحراف هو الحاجة إلى المال, ونتج عن ذلك إجرام النشء وتشرد أطفالا صغارا لا يجدون أمهات لهم.. لأن أمهاتهم فى الغالب من ذوات الأرحام المؤجرة.

وأخيرا فأنني أوجه نداء من خلال رسالتي المتواضعة إلى البشرية بجميع أجناسها : أين هو الحق القانونى لهؤلاء الأطفال؟ وإذا كان هناك حق قانوني فأين هو تطبيقه أننا نعلم أن لجأن القوانين معنية بالنظر في قوانين الأسرة, ولا ندري ما قد تنتهي إليه. ولكننا نرجو أن تجعل موضوع حقوق الطفل حجر الزاوية في بحثها. ولمعرفة الإجابةعلى الأسئلة التى طرحناها لابد من معرفة ما نصت عليه سوف نقوم بعرض ما أظفرته هذه الدساتير من نتائج من التشريعات الوضعية في كثير من دول العالم لحماية الطفل أو في مجموعة الحقوق المقررة له.ولهذا ومن خلال سردنا لنصوصها وبعدها سوف نستنتج ما هو المقدار المحقق من هذه الدساتيروالذى تستوجبة العدالة لحقوق الطفل.

بداية أود التنبيه إلى أننا قد اتفقنا سويا على أننا اطلعنا منذ عام ١٩٤٨وذلك في العاشر من ديسمبر (كانون الأول) على ما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان, ويتبعها على نفس المنوال الإعلان العالمي لحقوق الطفل الصادر في ٥٩/١١/٢٠, وها نحن عام ٢٠١١ دعونا سويا نقوم بعرض ما جاء فى هذه الدساتير ثم بعدها نحاول استنتاج ما حققته تلك الدساتير من فاعليه, أى أنه هل حققت هذه الدساتير ما خصصت لآجلة أم أنها حبر على ورق وضياعا للوقت؟ وبالرغم من توقعي الذى قد يعارضني عليه البعض وهو الجمود والسلبية، لكنني سوف أقوم بطرح أو غربلة ما فعلته تلك الدساتير والقوانين التى تنادى بحقوق الطفل, وذلك ليس للإطالة ولكنه كنتيجة طبيعية لما وصلنا اليه فى رسالتنا هذه من ميلاد أطفال تائهة وسط شهوات ورغبات بشرية

لاتعرف أين منبع أفكارها المستوردة من الخارج أهي من الهند أم من أمريكا أم من أين تم استيرادها؟ الأمر الذى جعل القوانين الوضعية والديانات السماوية تهتم بالطفل اهتماما بالغاً, وقررت له الحقوق التي تكفل نموه ورعايته بشكل طبيعي وليس هذا فقط بل وتلك التي تكفل له حقوقه في حال يتمه أو في حالة عجز أهلهم عن النفقه عليه هذا عن الماضى أما بالنسبة للحاضر والمستقبل فيجب علينا كباحثين أن نتدخل لحماية الطفل حتى ولو كان من والديهم, وهذا لأن هناك بعضا من الآباء ينقادون وراء غرائزهم دون التفكير فى النتائج التى قد يدفع ثمنها أطفالهم, فلابد من التدخل لحماية هؤلاء الأطفال من عبث الآباء باستقرار مستقبلهم الذى يهدده الاصل الجينى أو النسبي لهم.

ولا شك من أن الاسلام قد راعى الطفل وحدد حقوقه, وألزم كلا من والديه بقدر من هذه الحقوق, نجد هذا في قول الله سبحانه : [وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ][(1)].

قد أرشد الرسول- ﷺ - إلى حقوق أخرى علي الوالد حين سئل عن ذلك فقال فيما رواه البيهقي والحكيم الترمذي : (نعم حق الولد علي الوالد أن يعلمه الكتابة والسباحة والرماية وألا يرزقه إلا طيباً).

ولا شك من أن الفقه الشرعى والقانوني كان الهدف الأسمى الأساسى لهما, هو اتخاذ التدابير الاحترازية عندما -حددا العقوبات كانت يلاحظ أن المصلحة هي المصلحة الحقيقية وليست الهوى والجري وراء الشهوات كالاعتراض والتحدي تهدف من وراء ذلك أهداف معينة, هي حماية مصلحة الجماعة وإقامة العدالة وحماية الفضيلة والأخلاق, علي أنه على مشيئة الله بالعبث فيما وراء الطبيعة وتسخيره فى صالح الطاقات البشرية ؛ لتعويض ما تعجز عنه كدخول طرف ثالث عوضا عن الطرف العاجز فى العملية الإنجابية ونسوا أو تناسوا أن هذه الوسيلة سوف ينتج عنها كائن بشري سيحمل على عاتقه نسبا أو أصلا جينيا فى الغالب لا يعرف مصدره.

---

(1) من الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة.

وجدير بالذكر عمل الفقه الشرعى والقانوني علي حماية مصالح الجماعة وذلك بوضع عقوبات توقع علي من يعتدي علي تلك المصالح وإذا أردنا تحديد تلك المصالح وجدناها خمسة هي : حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال. والذي يعنينا منها فى هذا الموضوع هو المحافظة علي النسل : وذلك بالمحافظة علي منع الاعتداء علي الحياة الزوجية كان يعرض أصحاب النفوذ المالي طمعا فى الولد أو أصحاب النفوذ من العلماء طمعا فى الشهرة على العلاقات غير الشرعية أيا كان نوعها وعلي أي صفة كانت وهذا لما تخلفه هذه العلاقات من أطفال أزواج الطبقة الفقيرة المنعدمة التى يوسوس لها عقلها بأنه يمكن أن تربح من تجارة تأجير أرحام نسائها ومنع لا دخل لهم بالوسيلة التى ولدوا بها.

الخاتمة

تقسيم:

بعد أن انتهينا بفضل - الله تعالى - من بحثنا وإتماما للفائدة المرجوة من ذلك سوف نقوم بعرض ما يلى

أولا ـ ملحق الرسالة :

١- النظام القانونى لتأجير الرحم فى الولايات المتحدة الامريكية.

٢- مدى أرتباط القاعدة القانونية فى تطبيق الشريعة الإسلامية. وأثر ذلك فى التعامل مع الرحم بأعتباره من المستجدات والوقائع والنوازل المستحدثة

ثانياً ـ ما توصلنا إليه من نتائج.

ثالثاً ـ توصيات البحث.

الملحق

النظام القانونى لتأجير الرحم فى الولايات المتحدة الامريكية

أولا: نموذج إدارى لضمان إجراء ترتيب ناجح لتاجير أرحام: [١] .

من وجهة نظر المشرع الأمريكي:

أخذ معدل الارتفاع في أمريكا اليوم تزايد المفرط في الأسر ذات الأزواج من نفس النوع. بالتالى ان حلول الدوله للتبني فى الزواج من نفس النوع سوف تزيد فقط من هذه الأعداد. إن دوافع الازواج من نفس النوع هي نفس دوافع[٢]

(١) MR ALI 16Cordoz0 J.Gender237
صحيفة Cordozo للقانون والنوع شتاء ٢٠١٠ مقالة- خيارات واعية وقررات جاهلة. اعتماد Arts ذاتى التنفيذ

(٢) In 2007, the Maryland court observed that "there appears to be a trend towards the gradual erosion of the 'traditional' m clear family in today's society to the extent that the classic family structure, consisting of a mother, father, and children born to them during the marriage, is less and less the norm." Conaway v. Deane, 932 A.2d 571, 632 (Md. 2007), / generally Christine M. Lorillard, Placing Second-Parent Adoption Along the "Rational Continuum" of Constitutionally Protected Family Rights, 30 Women's Rts. L. Rep. 1 (2008).

الازواج المختلفين, وهي أن ينشئوا وحده أسرية, لاظهار الحب والالتزام للشريك لكي ينجزوا عمله بيولوجيا او لكي ينجزوا توقعات اجتماعيه او ثقافيه[1].

إن كل الازواج متوحدي الجنس الراغبين في ان يصبحوا والدين يجب أن يستغلوا بعضا من هذه الوسائل المساعده لهم.

أساليب الإنجاز (ART) كضرورة للأزواج مختلفي الجنس:

يوجد عدد متزايد من الناس الراغبين في تكوين أسرة مشتملة علي أطفال مرتبطين بهم جينيا, وهم يجب ان يلجأوا الي (ART) لكي يتاح لهم انجاب هؤلاء الاطفال.

وعلي الرغم من العدد المتزايد فانه توجد عوائق أخلاقية واقتصادية وقانونية هامة في الحصول علي هذه الاطفال بهذه الطريقه. إن Catherine delair لاحظت ان الاطباء هم المسؤلون. الذين يحددون من الذي سوف يتلقي العلاج. ومع ذلك فان هؤلاء الاطباء ربما تكون لديهم كراهيتهم الاخلاقية, الاجتماعية والدينيه الخاصه ضد تكنولوجيا الانجاب او السحاق.

وبالمثل فإنه من المؤكد وجود عوائق اقتصاديه ولأن (ART) باهظة التكاليف وغالبا لا تغطي بالتأمين ، فإن تأجيرالارحام باهظ التكاليف لاشتماله علي طرف ثالث وتكنولوجيا متطوره.

بالإضافه إلي ذلك فإن تأجير الأرحام هو (ART) الوحيده التي تحاط بعوائق قانونية في استخدامها.

وحيث ان الاطباء هم بوابة العبور في استئجار الأرحام فان المحاكم هي بوابة العبور في اتفاقات تأجير الارحام.

ولأن مشكلة مبكرة لكل عوامل الإنجاب المساعده, قررت حقوق الوالديه للأطفال المولودون من خلال استعمال (ARTS)[2]. ومع ذلك فإن محاكم الدوله تأتي لتأخر الآباء المعنيين في (ARTS) من استئجار الأرحام.

---

(١) Catherine Delair, Ethical, Moral, and Legal Barriers to Assisted Reproductive Technologies Employed by Gay Man and Lesbian Women, 4 DePaul J. Health Care L. 147, 148(2000).

(٢) Jerald V. Hale, From Baby M to Jaycee B'.: Fathers, Mothers, and Children in the Brave New World, 24 J. Contemp L. 335, 369 (1998).

علي الرغم من ان California قادت الطريق في استخدام النظريات للأطراف ؛ لكي تحدد النسل القانونى لطفل ولد خلال عمليه استئجار الارحام كثير من الولايات لم تتبع هذه القضيه. في مثل هذه الولايات فإن حقوق الوالدين لا تمنح بطرقه أتوماتيكة عن طرق الموافقة او النية بل إنهم يحتاجون إلي تدخل قضائي[1].

وهذه الولايات تختلف فى أحكامها القضائية, من حيث فرق معايير لاستئجار الارحام إلي السماح به كليا. ولذا فان الآباء المعنيين الوحيدين الذين يحتاجون الي موافقة الدوله أو القضاء لنسل قانونى, هن السيدات اللاتى لاتستطيع أن تحمل والأزواج الرجال مثلي الجنس.

وحيث أنه لا توجد قوانين للدولة بشكل مباشر تمنع أو تحد من (ARTS) مثل هذا التلقيح الصناعي, نقل الجنين, او حقن البويضه الجهري[2] للسيدات متوحدي الجنس او المعتدلات[3]. فإن كثيرا من قوانين الدوله تقيم اللجوء الي تأجير الأرحام[4].

محاكم الدولة أخذت في الاعتبار مشروعية وأمكانية تطبيق أتفاقات تأجير الأرحام. وبالمثل فإنها تدرس التعويضات للأم البديلة ولايتان فقط يحرمان تأجير

---

(١) Debra J. Baselton & Maxine Weiss Kunz, Non-Traditional Families and Alternative Family Building: Securing Parental Rights for Intended Parents, 20 DCBA Brief 30, 30(2007).

(٢) See ABA Model Act Governing Assisted Reproductive Techniques, 25 Fam. L.Q. s 101, s 102(1), at 175 (2008) [hereinafter ABA Model Act].

(٣) John A. Robinson, Gay and Lesbian Access to Assisted Reproductive Technology, 55 Case W. Res. L. Rev. 323, 349 (2004).

(٤) State laws on surrogacy are constantly changing. At the time of this writing, the following information was correct. See Darra L. Hofman, 'Mama's Baby, Daddy's Maybe:' A State-By-State Survey Of Surrogacy Laws And Their Disparate Gender Impact, 35 Wm. Mitchell L. Rev. 449 (2009), for the fullest and most recent discussion of surrogacy on a state by state basis.

الارحام[1]. وسبع ولايات لديها تشريعات تمنع تأجير الأرحام كليا[2].

وولايتان لديهما أراء للمحامي العام التي تدل علي أن أتفاقات تأجير الأرحام غير ملزمة إلي أن تحويها التشريعات[3]. وستة ولايات تقتصر تأجير الأرحام علي الأزواج[4]. كثيرا من الولايات ليس لديها تشريعات بخصوص تأجير الأرحام[5]. في مثل هذه الأمثله فإن المحاكم تلجأ لتحديد القصد التشريعي باعتبارات تأجير الأرحام بخصوص تأجير الأرحام بتطبيق التشريعات ذات الصله، وعادة تشريعات التبني أو النسب، وهذه التشريعات تترجم بطريقه غير رسميه لتمنع الأب المعني أو الأباء من تأسيس علاقة الأبوية.

إن هذه القوانين، من الناحيه النظرية، إلي حد كبيرتتدخل في حقوق السيدات العقيمات والزوجين متوحدي الجنس. ومع ذلك فإن john roinson

---

(١) Hofman cites Washington D.C. and Washington State as providing the possibility of criminal sanctions. Hofman,.

(٢) D.C. Code s 16-402 (2001); Ind. Code Ann. s 31-20-1-2 (West 1999); La. Rev. Stat. Ann. s 9:2713 (1991); Mich. Comp. Laws s 722.859 (West 2002); Neb. Rev. Stat. s 25-21,200 (1995); N.Y. Dom. Rel. Law s 123 (McKinney 1999); N.D. Cent. Codes 14-18-05 (2004).

(٣) Kan. Op. Att'y Gen. 96-73 (1996); Kan. Op. Att'y Gen. 82-150 (1982); Ky. Rev. Stat. Ann. s 199.590 (West 2009).

(٤) Fla. Stat. Ann. s 742.15 (West 2009); Nev. Rev. Stat. Ann. s 126.045 (West 2008); N.H. Rev. Stat. Ann. s 168-B:1 (2009); Tex. Fam. Code. Ann. s 160.754 (Vernon 2009); Utah Code Ann. s 76-7-204 (West 2005); Va. Code Ann. s 20-156 (West 2004).

(٥) "The vast majority of states are silent or near silent on the issues of • whether, when, and how surrogacy agreements are enforceable, void, or voidable.... In many of the states that are 'silent' on surrogacy, bills have been shot back-and-forth through the legislature but come to naught." Hofman, supra note 14, at 454. Hofman has also observed that "[o]f those states that do have laws on the books regarding such agreements, the responses range from relying heavily on the Uniform Parentage Act or party intent to outright bans or even criminalization of surrogacy

يشير إلي أنه لايوجد سابقة كافية لكي تؤكد أن تحديا ما في مثل هذه الخلفية سوف ينجح.

إن الدستور لا يضمن لكل الاشخاص الحق في ان ينجب[١] انها تتبع ذلك مثل حق متعود بدون اعتبار الحاله الاجتماعيه او التوجيهات الجنسية.

والمنطق هو الذي سوف يتحكم. مثلما ذكر justice brennan في Eisenstadtv. baird 240 انه"لو ان حق الخصوصيه يعني اي شيء. فانه يعني الحق للفرد المتزوج او الاعزب في ان يقرران يلد او ينجب طفلا"[٢]. ان بعض حريه الانجاب مثلما لاحظ العديد من العلماء, تتطلب الحق في ان يستخدم ARTS عند الضروره لانجاز مثل هذا الهدف.

ومع ذلك فإن تأجيرالأرحام لوحده من كل (ARTS) هو الأسلوب الوحيد من الأساليب التي تحتوي علي طرف ثالث انه يتطلب بعض التشريعات علي الرغم من أن الأنظمه غير الرسميه لم تنشأ وما هو مطلوب من زمن يعيد هو خريطة منتظمة ومنسقه لإتفاقات تأجير الأرحام لكي تحدد الحقوق والواجبات للأطراف المشتركين وبالمثل المسؤليات تجاه الطفل الناشيء[٣] ان مثل هذه الخريطه المنظمه ينبغي أيضا أن تضمن النسب بطريقه تلقائيه للأباء المعنيين بدون الحاجه إلي تدخل أو حكم قضائي.

إن العديد من النماذج أو إحداث تأجيرالأرحام اقترحت في العشرين سنه الماضية[٤]. ولكن لم يتم تبني اي منهم بواسطه قوانين الولايه. ومع ذلك فان في

---

(١) Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942)

(٢) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 543 (1972).

(٣) Christine L. Kerian, Surrogacy: A Last Resort Alternative for Infertile Women or a COM modification of Women's Bodies and Children?, 12 Wis. Women's L. J. 113, 116 (1997). Kerian similarly called for legislative guidelines twelve years ago.

(٤) at 143 (noting the Uniform Conception Act and the Mode Surrogacy Act. The Uniform Conception Act had two alternatives: a judicial authorization model, and a model banning surrogacy altogether.).

عـام ٢٠٠٨ قـسم قـانون الأسـرة أصـدر نمـوذج (ABA) في أسـاليب الإنجـاب المساعدة.

" the act or model act " نمـوذج القـانون أن الغـرض المذكور يحـد) ofithe act)مـن هـذا القـانون وهـو ان يرسـم للمشاركين في (ARTS) حقـوق قانونيه واضحه, والزامات وكذلك حماية عن طريق تأسيس مستويات قانونيه تخاطب بعض من الاهتمامات الملحه للمجتمع عن the act ARTS[1] القانون يحتـوي علـي شـرطين لتـأجير الأرحـام كـلا الحكمـين يمهـد الطريـق بالـسماح بـالتعويض لـلأم البديلـة. إن هـذا الـشرط يزيـل واحـدا مـن العقبـات الرئيـسيه لاتفاقات ناجحه لتأجير الأرحام[٢].

إن البديل الأول هو نموذج قضائي ويتطلب:-

كـل المـشاركين أن يـدخلوا في إتفـاق مكتـوب لتـأجير الأرحـام ويقـروا الاتفاق بالموافقة الصريحة قبل أداء أية اجراءات طبية لبدء الحمـل. أيـضا يتطلـب هذا النموذج أمر محكمه ثان بعد ميلاد الطفل لتاكيـد استمرار موافقـة الأطـراف ويصلح سجلات الميلاد[٣] إن مثل ذلك, يديم المشكله لكون القاضي المتحكم في اتفاقات تأجير الأرحام.

هو أن النموذج المتاح مـن أجـل إتفـاق تـأجير أرحـام (ملـزم) لا يتطلـب حكم قضائي[٤] أن هذا النموذج يقر معظم اتفاقات تأجير الأرحام " التـى تحمـل الأطفال ، الوالدين العقيمين لكى ينفذا رغبتهما لطفل مـرتبط بهـم بيولوجيـا أن النـوذج الأدارى كـان مفقـوداً بـه هـو تـوفير نمـوذج مـستخدم دفـاع ودود " لكـى يؤسـس النسب فى إتفاقات تأجير الأرحام.. التى هى أسرع وأقـل تكلفـة للأبـاء

---

(١) ABA Model Act, Prefatory Note, at 171. The Model Act specifies that it is not the intent of the Act to "conflict with

(٢) Id at ss 701-11, at 188-97

(٣) Charles P. Kindregan Jr. & Steven Snyder, Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology, 42 Fam. L.Q. 203, 220 (2008).

(٤) Id. at 223

المعنيين / وتوفر توافق كبير واقتصاد قضائى. " ربما تكون البداية تجاه نموذج الإدارى.. لاتفاقات تأجير الأرحام وتحت هذا البديل. فأن كلاً من الأم البديلة والأباء المعنين يجب أن يقبلوا متطلبات الأهلية ؛ لكى يكون الأتفاق صحيحا

إن معظم القانون يوفر على الأقل أحد من الأباء المعنين الذين يكون لديهم إرتباط جينى بالطفل وهؤلاء الأباء المعنين يوضحوا الحاجة الطبية لاستئجار الأرحام، مع شهادة خطية من طبيب مرفقة وحيث أن ذلك قد يقرأ لكى تمنع أزواجا متوحدى الجنس كآباء معنيين. لقد لاحظ kindregan و sngder أن المنال الأكثرجنوحاً لمثل هذه الحاجة الطبية أو أمثلة أخرى موجودة. أن هذا البند من نموذج إحداث إعدادات تأجير الأرحام الثانى لابد أن يصور بوضوح لتطبيقة على نماذج أخرى من السيدات العقيمات. إن القانون act بنفسة يجعل ذلك واضحاً جينياً فى مذكرته الإستفتاحية. والتى توفر نموذج قانون يتيح إطار عمل مرن.. . لكى يرشد توسيع الطرق التى بها تتكون الأسر(1) إن المذكرة الاستفتاحية إيضاً تقران arts سوف تستخدم لكى تمكن " الافراد من ان يكون لديهم أطفال عندما يكونون غير قادرين أو أن لا يختاروا أن يقوموا بوسائل الجماع الجنسى.

إن مثل هذه القراءة فى نموذج القانون البديل الثانى لتأجير الأرحام يؤكد اعتراف الدول التى تسمح بزواج نفس الجنس(2) أن التوجه الجنسى ليس له تأثير على رفاهية الاطفال المتربيين فى منزل. الازواج من نفس الجنس.

(3)إن البحث يوضح أن الأطفال الذين تمت تربيتهم فى نفس العائلة من نفس الجنس فإنهم يكونون أصحاء مثل الاطفال الذين تمت تربيتهم لاباء مختلفي

---

(1) ABA Model Act, Prefatory Note, at 172

(2) Id.

(3) As of this writing, Massachusetts, Connecticut, Iowa, Maine, Vermont, and New Hampshire permit gay marriages. California briefly allowed gay marriage before Proposition 8 banned it again in November 2008. However, the marriages that took place between June and November 2008 remain valid in California.

الجنس. إن التوجه الجنسى ليس له تأثير يمكن قياسة[1] ان حكمه NEW JERSEY ذكرت ان :-

دراسات على موضوع ازواج مختلفى الجنس.. .... أوضحت ان.. .... شمولية.

تطور هوية نوعية التفصيل الجنسى بين نسل الآباء مثلى الجنسى تجد دليل موجود على اضطرابات كبيرة فى أى نوع من التطوير للهوية الجنسية بين هؤلاء الافراج[2] السبب المناظرة الحديثة بشأن زواج الجنس هو غالباً ما تكون عن رفاهية الأطفال[3] ولان الزواج ليس فى حد ذاته ليس وكيل الاستعادة لياقة النسب.

[4]فإن أى شخص أو زوج من الأشخاص الذين يقصدون أن يحصلوا على طفل من جهات تأجيرالأرحام ويتفق مع أحكام شرعية بديلة. ينبغى أن يضمن حماية قانونية للأسرة المكونة من خلال عقود تأجير الأرحام.

وان هذا المقال يجادل محاكم الدوله وتشريعاتها. وما يحتاج ان يظهر ما سماة DARRAHOFMAN. إن النهج الاداري لتاجير الارحام. ولكى يضمن أفضل فائدة للأطفال المولودين إلى هؤلاء الأطراف.

---

(١) James B. Boskey & Joan H. Hollinger, Adoption, Law and Practice, s 3.06(6) (2005). Boskey also notes.the strong support of all professional organizations with expertise in child development and family dynamics for placement of children in homosexual households.- Id.

(٢) In re Adoption of Child by J.M.G, 632 A.2d 550, 553-54 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1993) (citing Charlotte J. Patterson, Children of Lesbian and Gay Parents, 63 Child Dev. 1025, 1031-32 (1992); Daniel Goldman, Studies Find No Disadvantage in Growing Up in a Gay Home, N.Y. Times, Dec. 2, 1992, at C14).

(٣) Richard F. Storrow, Rescuing Children from the Marriage Movement: The Case Against Marital Status Discrimination in Adoption and Assisted Reproduction, 39 U.C. Davis L. Rev. 305, 307 (2006).

(٤) Id. at 309

إن التبنى لعقد البديل مع التحذير بأن يتم ترجمه لكى يشمل الرجال مثلى الجنسى الذين لا يمكن أن يكون له طفل جيني مرتبط بهم. إنه ليس فقط يسمح للأباء المحتملين أن يعرفوا أنه سوف يكون محفوظة قانونيا.

ولكنه أيضاً يؤكد إن الاطفال المولودين لهم أن يعاملوا بالمثل. وحيث أن حالة الطفل القانونية تعرف بواسطة علاقة بالأب والأم مثل هذه المحاولات لمساواة حالات الأطفال توضح كما ذكرته ٢٤٣ JAAN CATHERINE لضمان أن الاطفال المولودون ممن خلال تأجير الأرحام يتمتعون بنفس الحقوق الأطفال مثل المولودين من زوجين مختلفى الجنس.

القسم ٢ :

إن اتفاقات تأجير الأرحام تبنى فقط على دليل نية الأفراد الأصلية. وبالاضافة لذلك فإنه لابد من تنفيذ محدد لعلاج متاح لانتهاك من جانب ناقلة الحمل لبنود اتفاقات الحمل والتى تتطلبها ان تكون غير حامل.

أخيرا فإن أى إجراء لإبطال ترتيب الأم الناقلة للحمل تلبية متطلبات هذا القانون أو أن تتحدى حقوق النسب المنشأة وفقا لهذا القانون وذات الصلة وتشريعات الدولة للنسل ربما تبدأ بعد أثنى عشر شهرا من تاريخ الميلاد للطفل[١].

قسم ٨٠٠ : الدفع للمتبرعون ولناقلى الحمل

بسبب أن كثيرا من الولايات تمنع التعويض للأم البديلة وسوف تبطل أيا منهم إن اتفاقات تأجير الأرحام والتى تحتوى على مثل هذا الشرط[٢] يجعل من الاكثر صعوبة أن تجد سيدة كأم بديلة

كما يشرح Snyder, Kindergan[٣] جانبا مهما من نموذج القانون وهو التوفير لجعل التعويض معقولاً.

قسم (المادة) ٨٠١:

إن المتبرع يجوز تعويضه لخسارات اقتصادية ناتجة عن استرجاع أو تخزين

---

(١) ABA Model Act, Alternastive B, Article 7, ss 701.2 ,702.2,703.3, 703.4, 704, 707, 708, 711, at 188-92

(٢) see supra part II.A.

(٣) kindregan & Snyder, supra note 32,at 225.

الأجنه الأمشاج يعد دخول المتبرعة فى اتفاق واجب النفاذ, على ان تكون للمتبرعة اقساط تدفع للتأمين ضد الخسارة الاقتصادية الناتجة عن استرجاع أو تخزين الأجنه الأمشاج للتبرع ربما تسدد حتى لو أن مثل هذه الأقساط كانت دفعت مسبقا للمتبرعة التى وقعت على الاتفاق الواجب النفاذ طالما أن الاتفاق سارى المفعول قبل الأمشاج أو الأجنه فى المساعدة على الإنجاب وفقاً للإتفاق, خلاف ذلك خسارات اقتصادية تحدث قبل أن يدخل المتبرع فى الإتفاق ذاته.

قسم ٨٠٢:

إن أية مميزات مدفوعة الى الجهات المانجة للأمشاج أو ناقلى الحمل لابد أن تكون معقولة أو يكون التفاوض بحسن النية بين الأطراف[1].

ثانيا: الشكل القانونى لنظام الحمل غير التجارى فى الولايات المتحدة الامريكية

شروط ترتيبات استئجار الحمل غير التجاري التى يتطلبها "القسم ٣٠"

يشترط أن " يكون الأبوان المتعاقدان واللذان يحملان حصة جينية في الطفل الذي يولد من اتفاق استئجار الرحم... الأبوين القانونيان للطفل " وبذلك استبعاد الحاجة للتقدم بطلب تبني للحصول على حضانة الطفل الذي حملته الأم البديلة قانونيًا[2].

وعلى الرغم من ذلك فإن هذا القانون ليس بالبساطة التي قد يبدو بها. فمن أجل تحويل الأبوين قانونيًا من الأم البديلة إلى الأبوين المتعاقدين يتطلب القسم ٣٠، تطبيق شروط مشددة.

أولاً: يجب أن يكون الأبوان المتعاقدان متبايني الجنس ومتزوجان وبهذا يستثنون الأزواج المثليين من أي من الجنسيين والأزواج متبايني الجنس غير متزوجين والأفراد[3].

ثانيًا: يجب أن يقدم إثبات للمحكمة يقيد بأن الأم البديلة لم تتلق أي تعويض مادي أو نفعي في مقابل خدماتها كأم بديلة, وذلك يلغي وجود أي

---

(١) ABA Model Act, at ss 801, 802, at 188-92.

(٢) Id.a t 93-94

(٣) Id at 94

ترتيب لاستئجار الرحم تجاريًا أمام المحكمة[1].

ثالثًا: يجب أن يراجع الأبوان المتعاقدان مع المحكمة لمدة ستة أشهر بعد ولادة الطفل مما يتضمن ملاقاة متطلبات المسكن والعمر وهي "يجب أن يكون مسكن الطفل مع الأبوين المتعاقدين" و"يجب ان تكون الأم البديلة قد سلمت الطفل للأبوين المتعاقدين[2]".

الحماية الوحيدة التي يوفرها القسم ٣٠ للأم البديلة هي الشرط الذي ينص على أن الأم البديلة يجب أن تعطي موافقتها على الأقل بعد ولادة الطفل بستة أسابيع[3]. ويسري ذلك على الأم البديلة سواء كانت أم بديلة بالمعني التقليدي أي أنها المتبرعة ببويضاتها, أو أنها أم بديلة كحامل للطفل فقط :- وليس لديها أي ارتباط جيني بالطفل[4] في هذه الفترة فقط يكون للأم البديلة الأولوية القانونية عن الأم المتعاقدة في الحصول على الحضانة القانونية على الطفل بصفتها الأم البيولوجية للطفل سواء كانت لديها صلة جينية بالطفل أم لا[5].

في الحقيقة يمكن اعتبار تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري مانعًا سلبيًا لإستئجارالرحم ؛ حيث أنه ينطبق فقط في حالات محدودة ؛ حيث يكون من المستحيل أو من غير المرغوب فيه بدرجة كبيرة لأسباب طبية, وهى أن تقوم الأم المقصودة بحمل الطفل بنفسها." وحتى في أفضل حالة ممكنة لا يمكن لتشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري أن يوازن بشكل مناسب بين مصالح جميع الأطراف المختصة. فالأبوان المتعاقدين يُتركان بلا أي حل قانوني إذا ما قامت الأم البديلة بتغيير رأيها وقررت الاحتفاظ بالمال والطفل: فعقد استئجار الرحم لا يمكن فرضه تحت طائلة تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري.

---

(١) Id
(٢) Id
(٣) Id
(٤) Id
(٥) Id

في النهاية. فمعظم الدول الأوربية مثلها مثل بريطانيا العظمى لا تقوم بحماية حقوق الأبوين المتعاقدان في عقد استئجار الرحم مما يجعل استئجار الرحم تجاريًا مغامرة خطرة تبعًا لذلك.

وانطلاقا مما سبق سرده يتضح لنا: تبين هذه الحدود كيف يميل تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري إلى إعاقة استئجارالرحم تجاريًا بتحديد الأشخاص المناسبين والذين تنطبق عليهم الشروط المشددة التي تطلبها المحاكم البريطانية لتفرض أي حقوق. يستثني تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري أيضًا أي أطراف مرتبطين بترتيب استئجار رحم خارج الشروط المفروضة في القسم في الحقيقة يمكن اعتبار تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري مانعًا سلبيًا لاستئجار الرحم. حيث أنه ينطبق فقط في حالات محدودة " حيث يكون من المستحيل أو من غير المرغوب فيه بدرجة كبيرة لأسباب طبية أن تقوم الأم المقصودة بحمل الطفل بنفسها." وحتى في أفضل حالة ممكنة لا يمكن لتشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري أن يوازن بشكل مناسب بين مصالح جميع الأطراف المختصة. فالأبوان المتعاقدين يُتركان بلا أي حل قانوني إذا ما قامت الأم البديلة بتغيير رأيها وقررت الاحتفاظ بالمال والطفل: فعقد استئجار الرحم لا يمكن فرضه تحت طائلة تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري في النهاية. فمعظم الدول الأوربية مثلها مثل بريطانيا العظمى لا تقوم بحماية حقوق الأبوين المتعاقدين في عقد استئجار الرحم مما يجعل استئجار الرحم تجاريًا مغامرة خطرة تبعًا لذلك.

وحتى في أفضل حالة ممكنة لا يمكن لتشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري أن يوازن بشكل مناسب بين مصالح جميع الأطراف المختصة. فالأبوان المتعاقدان يُتركان بلا أي حل قانوني إذا ما قامت الأم البديلة بتغيير رأيها وقررت الاحتفاظ بالمال والطفل: فعقد استئجار الرحم لا يمكن فرضه تحت طائلة تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري[1] في النهاية فمعظم الدول الأوربية مثلها مثل بريطانيا العظمى لا تقوم

(١) Gene Dodd, surrogacy and the the Law in Britain ; users perspectives, in S URROGATE M- otherhood ; International Perspectives 113 – Rachel Cook et al eds. , 2003

بحماية حقوق الأبوين المتعاقدين في عقد استئجار الرحم مما يجعل استئجار الرحم تجاريًا مغامرة خطرة تبعًا لذلك.

- المواد الإدارية لقانون نموذج قانون I B I فى تقنين الولايات المتحدة الامريكية

وشذوذ حالات نقل الأرحام غير المنافس يقدم خلفية مثيرة لقانون نموذج 200 "I B I" على التقنيات المنتجة المساعدة ونموذجه الإداري الجديد لاتفاقيات نقل الأرحام. ومدونته التمهيدية يشرح ❖٢٥٨ أن الحاجة لهذا القانون يتم التعبير عنها بأفضل ما يكون عن طريق محكمة الاستئناف في كاليفورنيا في كإعادة زواج بوزانكا[١].

وننضم إلى الأصوات القضائية التي تلتمس للعناية التشريعية للعدد المتزايد للقضايا القانونية المعقدة التي ظهرت عن طريق التقدمات الحديثة في مجال التكاثر الصناعي. ومهما كانت الميزة لقرار قضية بقضية مستمدة من الواقع لكل قضية جديدة، وبعض الإرشادات الإجمالية التشريعية ستسمح للمشاركين بالقيام بخيارات معلومة والمحاكم التي تسعى للتوحيد في قراراتهم[٢].

والهدف من النموذج القانونى هو تقديم إطار العمل المرن الذي سيعمل كآلية لحل الخلافات المعاصرة للتكيف مع الحاجة لحل الخلافات التي يتم تصورها لكن لا تحدث ولإرشاد توسع الطرق عن طريق أي العائلات التي يتم تكوينها. ويقدم قانون النموذج "I B I" الذي يحكم التقنيات الإنتاجية المساعدة النموذج المقصود ليوضع في الاعتبار كليا وجزئيا عن طريق الهيئات التشريعية التي تفكر في الحلول الممكنة للمشكلات التي تنشأ عن طريق النموذج الإداري "B" البديل[٣] لتعاقدات نقل الأرحام تختلف عن النموذج القضائي قبل الموافقة في

(١) Id.(Although Note attributes this quuot to In re marriage of Buzzance, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. App. 1998), the quote is actually from Prato-morrison v. Doe.).

(٢) .ABA Model Act, prefatory Note, at 172 (quoting prato-morrison v. Doe, 126 Cal. Rptr.2d 509,516 n.10(Ct.App.2002).

(٣) All references are to ABA Model Act, Alternastive B, Article 7, 42 Fam.l.q. at 188-92.

البديل I" " وفي قوانين النموذج السابق فيه حيث إنه يعتمد على نموذج تعاقد التنفيذ الذاتي.

[1]والأبوة بشكل آلي وإداري تعهد إلى الآباء المقصودين طالما يلبي جميع الأطراف الملائمة والمتطلبات الإجرائية[2]. لا يتطلب التدخل القضائي أو الموافقة موجز لمتطلبات البديل "B" كما يلي:

المادة/٧٠١ ـ ٢:

وتثبت هذه النسخة من القانون علاقة الطفل – الآباء بين الآباء المقصودين والطفل قبل ولادة الطفل المولود من خلال ترتيب حامل الحمل. وتعهد الحقوق الأبوية إلى الآباء المقصودين بشكل مباشر عند ولادة الطفل فليست حامل الحمل ولا زوجها القانوني على أي حال سيكون أب الطفل لأهداف قانون الولاية بشكل مباشر عند الولادة.

المادة /٧٠٢ـ ١:

ويجب على حامل الحمل تلبية المتطلبات التالية في الوقت الذي يتم تنفيذ الاتفاقية:

أ- يجب تبلغ من العمر على الأقل أحدى وعشرين عاما.

ب- ويجب أن تلد مرة واحدة على الأقل.

ج- ويجب أن تكون أكملت التقييم الطبي المتعلق بالحمل المتوقع.

د- ويجب أن تكون أكملت تقييم الصحة العقلية المتعلقة بترتيب حامل الحمل المتوقع.

هـ- ويجب أن تكون قد اجتازت الاستشارة القانونية مع المجلس القانوني المستقل مع الوضع في الاعتبار شروط اتفاقية الحمل والنتائج القانونية المحتملة لترتيب حامل الحمل.

و- ويجب أن تحصل على أو تمتلك بوليصة تأمين على الصحة – قبل حرك الجنين التي تغطي العلاجات الطبية الكبرى والرعاية في المستشفى وأيهما

---

(١) Id. at 220-21

(٢) Id

لديه الشرط الذي يمتد من خلال فترة الحمل المتوقعة ولمدة ٨ أسابيع بعد ولادة الطفل. والبوليصة التي يمكن شراؤها عن طريق الآباء المقصودين بالنيابة عن حامل الحمل للترتيبى الحمل.

المادة/ ٢٠٧-٢ :

يجب على الآباء المقصودين أن يلبوا المتطلبات التالية في وقت تنفيذ الاتفاقية :

أ- يجب على الآباء المساهمة على الأقل بإحدى الأمشاج الناتجة في الجنين ؛ حيث أن حامل الحمل سيحاول الحمل طبقا للشروط.

ب- يجب على الآباء أن يكون لديهم حاجة طبية لترتيب حامل الحمل كدليل من قبل شهادة أخصائي مؤهل يتم إلحاقها لاتفاقية الحمل.

ج- ويجب عليها إكمال التقييم الصحي العقلي المتعلق بترتيب حامل الحمل.

د- يجب أن تجتاز الاستشارة القانونية مع المجلس القانوني المستقل فيما يخص شروط اتفاقية الحمل والنتائج القانونية الممكنة لترتيب حامل الحمل.

المادة /٢٠٣-٢ :

ويجب أن تلبي اتفاقية الحمل المتطلبات التالية :

أ- يجب أن تكون كتابية.

ب- يجب تنفيذها قبل بدء أية إجراءات طبية – غير التقييمات الصحية أو العقلية الضرورية لتحديد ملائمة الأطراف – تعزيزا لترتيب حامل الحمل :

(١) عن طريق حامل الحمل الذي يلبي متطلبات الملائمة لهاذ القانون – وإذا كانا متزوجين فإن الزوج القانوني لحامل الحمل

(٢) وعن طريق الآباء المقصودين الذين يلبون متطلبات الملائمة لهذا القانون – إذا كان الآباء المقصودين متزوجين فيجب على كلا الزوجين تنفيذ اتفاقية الحمل.

ج – حامل الحمل والآباء المقصودة يجب تمثيلهما بمجلس منفصل ومستقل في جميع الأمور المتعلقة بترتيب حامل الحمل والاتفاقية.

د- يجب على حامل الحمل والآباء المقصودة أن توقع على إقرار مكتوب إنها أو إنه تلقى معلومات حول الحقوق القانونية والمالية والتعاقدية والتوقعات والجزاءات والتزامات اتفاقية الحمل.

هـ- وإذا اشترطت اتفاقية الحمل تسديد تعويض لحامل الحمل فيجب وضع التعويض في الضمان مع وكيل الضمان المستقل قبل بدء حامل الحمل لأي إجراءات طبية غير أن التقييمات الطبية والعقلية الأخرى الضرورية لتحديد ملاءمة حامل الحمل.

و- ويجب أن يشهد على الاتفاقية اثنان بالغان مختصان ونزيهان.

المادة /٧٠٣ – ٣:

يجب أن تشترط اتفاقية الحمل:

أ- اتفاقية مكتوبة صراحة لحامل الحمل:

- تحمل نقل الجنين ومحاول الحمل وولادة الطفل.
- التنازل عن التحفظ للآباء المقصودة مباشرة عند ولادة الطفل.

ب- إذا كان حمل الحمل متزوج فيجب الحصول على اتفاقية واضحة من زوجها لتنفيذ الالتزامات المفروضة على حامل الحمل الساعي لشروط اتفاقية الحمل.

- التنازل عن التحفظ على الطفل إلى الآباء المقصودة مباشرة عند ولادة الطفل:

ج- حق حامل الحمل في الاستفادة من خدمات الأخصائي لاختيارها بعد الاستشارة مع الآباء المقصودة لتقديم العناية بها خلال فترة الحمل.

د- اتفاقية مكتوبة صراحة للآباء المقصودة:

- للموافقة على التحفظ على الطفل مباشرة عند ولادته أو ولادتها.
- تولى المسئولية الوحيدة لدعم الطفل مباشرة عند ولادته أو ولادتها.

المادة /٧٠٣ـ٤ :

واتفاقية الحمل قابلة للتنفيذ حتى إذا كانت تحتوي على مادة أو أكثر من المواد التالية:

أ- توافق حامل الحمل على اجتياز جميع الفحوصات الطبية والعلاجات وإجراءات مراقبة الجنين التي يوصي بها الأخصائي لنجاح الحمل.

ب- يوافق حامل الحمل على الامتناع عن أي نشاط يعتقد الآباء المقصودة أو الأخصائي بشكل صحيح إنها مضرة للحمل والصحة المستقبلية للطفل ويشمل - وليس قاصرا على- التدخين وشرب الكحوليات واستخدام أدوية بدون روشتة واستخدام أدوية بروشتة وليس مصرح بها من الطبيب الذي يكون على دراية بحمل حاملة الجنين والتعرض للإشعاع وأية أنشطة أخرى محظورة من مقدم العناية بالصحة.

ج- يوافق الآباء المقصودة على دفع تعويض معقول لحامل الحمل.

د- يوافق الآباء المقصودة على الدفع أو التعويض لحامل الجنين بنفقات معقولة وتشمل النفقات الطبية أو القانونية أو المهنية الأخرى المتعلقة بترتيب حامل الحمل واتفاقية الحمل.

المادة /٧٠٤ :

وأي شخص يوضع في الاعتبار ليكون أبا للطفل مضطر لرعاية الطفل. وأية مخالفة لاتفاقية الحمل من قبل الآباء المقصودة لن تخفف على الآباء المقصودة هذه من التزامات الرعاية المفروضة من قبل هذا القانون. وسيكون المتبرع بالأمشاج مسئولا عن رعاية الطفل في حالة إذا ما فشل أو فشلت. ففي إبرام اتفاقية قانونية مع الآباء المقصودة والتي فيها يوافق الآباء المقصودة على تولي جميع الحقوق والمسئوليات لأي طفل ناتج ويتنازل متبرع الأمشاج عن حقوقه أو حقوقها عن أي أمشاج – الأجنة الناتجة – أو الأطفال.

المادة /٧٠٧:

يحدث عدم الامتثال عندما تفشل حامل الجنين أو زوجها أو مخالفة الآباء المقصودة لمواد قانون لاتفاقية الحمل أو أي طرف أو اتفاقية ترتيب نقل الأرحام لتلبية أي من متطلبات هذا القانون.

المادة/ ٧٠٨:

❖٢٦١ وفي أعقاب عدم الامتثال تحدد محكمة الدائرة المختصة الحقوق المختصة والتزامات الأطراف.

أخيرا فإن أى إجراء لإبطال ترتيب الأم الناقلة للحمل تلبية متطلبات هذا القانون, أو أن تتحدى حقوق النسب المنشأة وفقا لهذا القانون وذات الصلة وتشريعات الدولة للنسل ربما تبدأ بعد اثنى عشر شهرا من تاريخ الميلاد للطفل[1].

وضع أساسيات لتأجير الأرحام من وجهة نظر الفقه الأمريكى:

يوجد نوعان من تأجير الأرحام – التأجير التقليدى, والحمل بالإنابة فى التأجير التقليدى – الأم المستأجرة يتم تلقيحها صناعيا اما عن طريق الاب المعنى او عن طريق متبرع مجهول وتحمل الطفل لأجل مسمى, إن الطفل حينئذ جنينا مرتبط بالأم المستأجرة التى توفر البويضة والأب المعنى أو المتبرع المجهول.

في حمل تأجير الأرحام تنقل البويضة من الأم المعنية أو المتبرعة المجهولة وتخصب مع الحيوان المنوي من الأب المعني أو متبرع مجهول – البويضة المخصبة أو الجنين حينئذ ينقل إلي الأم المستأجرة إلي فترة إن الطفل حينئذ يرتبط جينياً بالأم التي تبرعت بالبويضة وبالأب المعني أو المتبرع بالحيوان المنوي ولكن ليس للأم المستأجرة ، بعض الأزواج متحدة الجنس وجدوا أن تأجيرالأرحام بالأنابة جذاب ؛ لأنه يسمح لسيدة في أن تساهم ببويضتها ولأخرى أن تحمل الطفل.

إن تأجير الأرحام التقليدي هو أكثر إثارة للجدل من حمل تأجير الأرحام على نطاق واسع ؛ بسبب أن العلاقة البيولوجية بين الأم بالإنابة والطفل غالباً ما تعقد الحقائق للقضية لو أن حقوق الوالدين أو صلاحية اتفاق تأجير الأرحام تحدى, ونتيجة لذلك فإن معظم الولايات تمنع إتفاقات تأجير الأرحام التقليدية بالإضافة إلي ذلك كثير من الولايات التي تسمح بعقود استئجار الأرحام تحظر التعويض فيما يتجاوزدفع النفقات الطبية والتي تكبدتها نتيجة إتفاق تأجير الأرحام.

- **العثور على الأم البديلة:** Finding as arrogate

أحياناً فرد في الأسرة أو صديقة تعرض أن تكون الأم البديلة هنا يمكن أن يقلل من تكلفة تأجير الأرحام, ومع ذلك وبسبب أن ليس كل واحد يعرف

---

(1) ABA Model Act, Alternastive B, Article 7, ss 701.2 ,702.2,703.3, 703.4, 704, 707, 708, 711, at 188-92.

سيدة في مكان لكي تتطوع أن تكون أم بديلة, فإن معظم الناس يجدون الأم البديلة من خلال وسائل أخرى: يوجد الكثير من الوكالات — الشركات تامة الخدمة التي توفق الأباء المعنيين بالأم البديلة عند إختيار وكالة, فإنه لابد من البحث في تاريخ الوكالة, وسؤال مهم يفرض نفسه: كم تكون الأتعاب المقررة؟ وكيف يتم فحص الأمهات البديلات؟ لو بالإمكان غالباً ما يكون من المفيد التحدث إلي عميل سابق بالوكالة, وها هو اختيار من عينة الأسئلة التي ينبغي أن يسألها الوالدان وتشتمل على:

هل الوكالة مجيبة للعملاء؟ على سبيل المثال: هل هم سريعين في الرد على المكالمات أو البريد الإليكتروني.

هل يوجد أكثر من شخص الذي يمكن الرد أو أن الاتصال الأساسي بالوالدين مشغول أو بعيد؟

هل الشركة تعمل كفريق واحد؟

ـ بخصوص فحص الأمهات البديلات:

هل هم يقابلون الأمهات البديلات شخصياً؟

هل هم يقيمون بيئة منزلها أو أن الفحص محدود فقط على الهاتف أو مقابلة المكتب؟

هل هم يقومون بفحص المراجع؟

هل هم بطريقة روتينة يقومون بفحص الخلفية الجنانية؟

ما نوعية المعلومات التي يحصلون عليها من حالات حمل سابقة للأم البديلة المتقدمة لكي يحد من مخاطر أن ذلك سوف يكون به مجازفة حمل كبيرة.

بعض الآباء يختارون البحث عن أم بديلة معتمدين على أنفسهم, في هذه الحالة أنه من الأهمية القصوى أن كل الآباء والبدائل يحصلون على نصائح قانونية قبل إبرام أي من اتفاقات أو توقيع أية عقود, إن عقداً واضحاً يمكن أن يجنب كثير من الصراعات الكامنة أثناء العملية إن الآباء المعنيين ينبغي عليهم أيضا أن يفتشوا في تاريخ الأم بالإنابة, ليتأكدوا أنه لا يوجد أي سبب للقلق, وعلاوة على ذلك فإن كثير من الولايات التي تسمح بتأجير الأرحام

التعويض يمنعون تأجير الأرحام التقليدي أو اتفاقات تأجير الأرحام التقليدية محذر ضد الإكراه الملحوظ.

ـ مؤهلات مؤجرات الارحام:

معظم وكالات تأجير الأرحام وعيادات الخصوبة تحتاج إلي أمهات بديلات لتلبية المؤهلات التالية :

أن اكون في صحة عقلية وجسمية.

أن تكون حملت أو سلمت على الأقل طفل.

أن تكون أقل من ٤٣ سنة (بعض العيادات تقبل سيدات أكبر سناً في ظروف معينة وأخرى لديها أمهات بالإنابة ذات سن أصغر).

تكون مستقرة في الوضع المعيشي.

أن لا تدخن ولا تدمن الكحول.

المتبرعون بالبويضة والحيوان المنوي:

بالإضافة إلي تحديد مكانة الأم البديلة فإن معظم الناس يعتبرون تأجير الأرحام سيحتاج متبرعة بالبويضة / أو متبرعا بالحيوان المنوي.

ـ رأي الجمعية الأمريكية الطبية ٢,١٨ الأمهات البديلات:

الأم البديلة هى الام التى توافق على التلقيح الصناعي مقابل الدفع على أن تعطي الطفل الناشئ لوالد الطفل, يسلب حقوق الوالديه منها غالباً, فإن الزوجة العاقلة المرتبطة للأب تصبح الأم المتبنية عن الأم الوالدة للطفل هي من كل الحالات جينيا مرتبطة بالطفل على الرغم من الحمل بتأجير الأرحام (الذي به البويضة المقدمة بواسطة زوجة الأب العقيمة — أو أي متبرعة أخرى) ممكن بالمثل, أن مشاكل أخلاقية واجتماعية وقانونية يمكن أن تنتج من إتفاقات تأجير الأرحام إن أمومة الأم البديلة ربما تتاجر بالأطفال وبالقدرة الأنجابية للأمهات وتستغل الأمهات الفقيرات صاحبة القرار في أن تشارك ربما يكون قرارها ليس كلية تطوعي وتثبيط غير صحيح أو تداخل مع المعلومات من سندات الأم الطبيعية والجنين والطفل إن شعف نفس الأم الطبيعية ربما يحدث في السيدة التي تحمل بنية ولادة الطفل التي سوف تتخلى عنه بالإضافة فإن السيدة ذات الحق الوالدية بدلاً

من ذلك، إذا كان هناك ميلاد سابق لطفل معوق فإن الأباء المحتملين وأم المولود ربما لا يكونون قادرين على أن يتحملوا المسئولية الأبوية.

وعلى صعيد آخر فإن أمومة الأم بالتبني هي غالباً ما تكون الأمل الأخير للآباء المحتملين في أن يكون لديهم طفل الذي يكون على الأقل مرتبط جنسياً بأحدهما، بالإضافة إلي ذلك فإن معظم اتفاقات تأجير الأرحام تصدق من قبل الأطراف المشتركة على أنها متبادلة المنافع، ومعظمها يكتمل بدون حادث أو نزاع في ضوء المخاوف التي أعرب عنها أعلاه، ومع ذلك، فإن بعض الضمانات تكون ضرورية ؛ لتحمي رفاهية الطفل وأم المولود، إن المجلس يعتقد أن عقود تأجير الأرحام حيث أنها متاحة ينبغي أن تهب الأم الوالدة الحق في أن تبطل العقد في غضون فترة معقولة من الزمن بعد ميلاد الطفل، لو أن العقد بطل فإن حضانة الطفل ينبغي أن تحدد وفقاً لمصالح الطفل.

في تأجيرالأرحام بالإنابة والذي به فأن الأم بالإنابة ليس لديها روابط جينية بالجنين فإن مبررات السماح للأم البديلة لإبطال العقد تصبح أقل وضوحاً إن عقود تأجير الأرحام بالإنابة ينبغي أن اكون صادقة وقابلة للتنفيذ (ليس قابلة للبطلان بأي من الطرفين).

آخر تقاليع العلم لعلاج البشرية :

جنين ½ إنسان و ½ بقرة!!

ولادة طفل من جنين تم تجميده ٢٠ عاما

عدم الاختصاص بغير المسلمين

تركيب وراثي محدد

قال سبحانه في محكم تنزيله (من نطفة خلقه فقدره) - صدق الله العظيم. وعندما نتدبر ونتعمق بشيء من التفتيش لهذه الآية الكريمة نجد أن التقدير جاء بعد الخلق مباشر. كما يفسره الدكتور السيد الجميلي بفضل انحياز طبي تراثي ان نواة كل خلايا جسد الإنسان تنقسم تباعاً أثناء النمو تنقسم البويضة (الأمشاج أو الجاميطات) وينتج كل منها اختزالا للنصف من كل منها نصف عدد الكروموسومات أو الصبغيات في الخلية الجسدية العادية ويعني ذلك أن النطفة تحمل ٥٠٪ من صفات الأب والبويضة تحمل ٥٠٪ من صفات الأم وبالتحام الحيوان الذي بالبويضة تتكون اللاقحة جامعة من صفات الأب وصفات الأم ولذلك يكون تقدير الحق سبحانه وتعالى لهذه اللاقحة اما ذكرا أو انثى بتركيب وراثي مبني محددا

الاعتداء على الجنين بأي شكل.. قتل لإنسان بلا ذنب

الغرب يحرم إفساد البويضات المخصبة.. ونحن نقتل كائناً حياً

يؤكد الدكتور طه حبيشي الأستاذ بجامعة الأزهر أن الحديث في زمن تطالب بحقوق الإنسان خاصة المرأة عن الإجهاض حديث متناقض شديد إذا تعلق الأمر بسبب الفقر وتقتصره يصح من منطلق أنه عملية حرمان كائن من الحياة وثانية أنه يتعلق بأمر عجيب لا يقول به إلا غير المؤمن بأن الرازق هو الله سبحانه وتعالى بنص كلامه وتحذيراته بل إنه تعامل مع هذه النقطة بتفصيلاتها حيث يعتقد الناس أن الطفل لا يأتي إلى الأسرة فيفقرها إذا كانت غنية أو يقسم رزقها الذي تحصل عليه وإنما يأتي ومعه رزقه وكذلك علمتنا أن الطفل إذا جاء إلى أسرة فقيرة فلا يعني ذلك أن يزيدها فقراً لأن رزق الإنسان يختلف من إنسان إلى إنسان وقد يأتي الطفل برزق وفير فليس شرطاً أن ينتقص الطفل من رزق الأسرة لأن الأمر يتعلق بالخالق الرازق فقال نحن نرزقهم وإياكم وقال نحن نرزقكم وإياهم.

ويستغرب الدكتور طه حبيشي أن يجرم الغرب مجرد الاعتداء على البويضة المخصبة في بنوك الأجنة ويعتبرها كائنا له قداسته ونحن نعتبر الجنين الذي يتخلق في بطن أمه قبل المائة والعشرين يوما ليس شيئا يذكر وليس كائنا في فهم خاطئ لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي يقول: إن الإنسان يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نطفة وأربعين يوماً علقة وأربعين يوماً مضغة ثم ينفخ فيه الروح.

وقد ذهب علماء الأجنة إلى أن هذه الأربعينيات لم يأت ذكرها إلا على سبيل التأكيد فالجنين يكون حيا في الأربعين يوما الأولى بدليل تحركه في بطن أمه بعد سبعة أو ثمانية أسابيع.

لذا فإن الاعتداء على الجنين بعد الأربعين يوما الأولى اعتداء على نفس فإذا كان الاعتداء عليه مخافة الفقر فإن الخطر أكبر وأعظم لأنه يتعلق بفكر جاهلي كثيراً ما سخرنا منه عندما كنا نقرأ عنه فيما قبل الإسلام كما أن هذا السبب يتعلق بعقيدة المسلم الذي إن فعل هذا فهو لا يؤمن أن الرازق هو الله وأنه بفعله يصادر على إرادة الله.

ويضيف أن الاحتفاء بالمرأة الحقيقي هو وضعها في مكانتها التي اختارها لها الإسلام وكرمها بها وليس بمثل هذه السلوكيات التي لن تزيدنا إلا تأخراً.

مدى ارتباط القاعدة القانونية في تطبيق الشريعة الإسلامية
وأثر ذلك في التعامل مع الرحم باعتباره من المستجدات والوقائع والنوازل المستحدثة

برز دور القانون وكان دوره لا يقل أهمية عن دور الشريعة الإسلامية التى جاءت لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل، والسبب فى ذلك كونها لم تترك من أمور الدين والدنيا إلا وعالجته، ووضعت له من الحلول التي ترفع الحرج عن كل الناس، وذلك بالنص عليها صراحة، أو بالنص عليها من خلال القواعد العامة التي يندرج تحتها كل حكم يشترك مع حكم آخر مناظر له في علة وسبب واحد فكان مكملا ومتمما لها.

وظهر ذلك من خلال نص المادة الثانية عشرة من الدستور علي أن: "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية والتراث التاريخي للشعب والحقائق العلمية والسلوك الاشتراكي والآداب العامة وذلك في حدود القانون.

وكذلك برز دور العلوم الطبيه. وكان دورها لا يقل أهمية عن دور الشريعة الإسلامية ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الله - عز شأنه- وضع الشرع لخدمة وتوجيه الطب. وذلك لجلب مصالح العباد ودرء المفاسد والأمراض والعلل عنهم.

فقد بات لازما أن نتناول مدى أرتباط وتعانق الشريعة مع القانون والطب. ولما كان الغرض الأساسي من دراسة موضوع بحثنا هو تأصيله من الناحية القانونية والشرعية، لنوضح الأسس والمبادئ القانونية التي بنى عليها الحكم القانونى والشرعي بالتحريم أو اباحة التعامل مع أية نازلة مستحدثة حيث أن الآراء غالبا تكون متباينة ما بين المؤيد والمعارض، وهذا الموضوع قد يسوء فهمه علي كثير من المحتاجين للمادة أو للولد. وقد يبرر كل منهم وجهة نظره على حسب مصلحته أو أهوائه.

وبما أن الطب كالشرع وضع لجلب المصالح ودرء المفاسد عنهم. فليس المقصود بالمصلحة هنا كل ما يتمناه الإنسان فى السعى وراء رغباته أو شهواته أو

حتى الانسياق وراء موضة غربيه غير ملائمة لديننا وتقاليدنا, أو نازلة يحقق من خلالها رغبه جامحة لا يوجد عنان أو زمام لها كالحصول على الولد الناتج من رحم مستاجر وتأكيداً لقول الله تعالى : { وابتغ فيماء اتاك الله الدارالآخرة ولا تنس تصيبك من الدنيا وأحسن كما أحسن الله إليك ولا تبغ الفساد في الأرض إن الله لا يحب المفسدين} وفي هذا المعنى يقول النبي ﷺ : (لن تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه, وعن علمه ماذا عمل به وعن ماله من اين اكتسبه وفيم أنفق,وعن جسمه فيما أبلاه)[1].

لذا فإن المقام يقتضى ضرورة تعاون الأطباء وفقهاء الشريعة مع فقهاء القانون ؛ للتعرف علي الحكم القانونى والشرعي في القضايا الطبية للنوازل المستحدثة, وهنا يظهر دور باحثين وفقهاء الشرع والطب والقانون, وتكامل كل منهم للآخر, وذلك لمحاولة تحليل هذه العملية من خلال نصوص القانون وقواعد الفقه الشرعي, لذا فإن المقام يقتضى أن نبحث فى مدى ارتباط القاعدة القانونية فى تطبيق الشريعة الإسلامية واثر ذلك على المستجدات والوقائع والنوازل المستحدثة.

الأسس والأسانيد التي أرستها الشريعة الإسلامية لمواجهة النوازل المستحدثة:

أدلة كتاب الله الحكيم على اهتمام الشريع الإسلامية الوقائع والنوازل الطبية:

مما لا شك فيه أن من مظاهر الأدلة الربانية التامل فى ملكوت السموات والأرض أمر مطلوب دينيا بصيغة الأمر من الله - عز وجل - [2]. ولذلك قامت الشريعة الاسلاميه على مخاطبة العقل والفكر في جميع النواحي والمجالات ، وهذا لخلق مجال للابتكار, الأمر الذي يشير إلى تركيز الشريعة الإسلامية وأهتمامها بإعمال العقل والفكر, وكذلك بالمستجدات الحديثة وإلى كل ما هو مبتكر وجديد للتحرر من الجهل والهوان ؛ ولينشئ مجتمعا متقدما ومبدعا[3]. فالدين الإسلامي يقف من

(١) رواة الترمذي – سنن الترمذي – كتاب صفة القيامة – باب في القيامة ج٤ ص ٦١٢.
(٢) الجندي، حمد نصر، النسب في الاسلام والأرحام البديلة، مصر: دار الكتب القانونية، ص٢٠٠٣، ٢٣٦.
(٣) الدواليبي، محمد معروف، موقف الاسلام من العلم واثر الرسالة الإسلامية في الحضارة الانسانية، بيروت: دار الكتاب، ١٩٧٩، ص٣١.

العلم موقف التقدير، وسوف نورد جزء من آيات الله الحكيمة وهي جزء لا يحصى من آيات الله تعالى الكثيرة التى حث الله تعالى بها عباده على طلب العلم والسعي في سبيله ولقول الله تعالى الدال على اهتمام الشريعة بالوقائع والنوازل الطبية المستحدثة)[١].

[يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِكَ وَيُعَلِّمُهُمْ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُزَكِّيهِمْ][٢].

وقال تعالى لنبيه - عليه الصلاة والسلام- : [اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ❖ خَلَقَ الإِنسَانَ مِنْ عَلَقٍ ❖ اقْرَأْ وَرَبُّكَ الأَكْرَمُ ❖ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ❖ عَلَّمَ الإِنسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ][٣].

[ن وَالْقَلَمِ وَمَا يَسْطُرُونَ][٤]

أدلة السنة النبوية الشريفة على اهتمام الشريع الإسلامية الوقائع والنوازل الطبيه:

والدليل على حث رسول الله ص على طلب العلم والسعي في سبيله، قوله ﷺ: "من سلك طريقا يطلب فيه علما، سهل الله له به طريقا من طرق الجنة ، وأن الملائكة لتضع أجنحتها رضا لطالب العلم، وأن العالم يستغفر له من في السموات ومن في الأرض والحيتان في جوف الماء ، وأن فضل العالم على العابد ، كفضل القمر ليلة البدر على سائر الكواكب ، وإن العلماء ورثة الانبياء ، وأن الانبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما وإنما ورثوا العلم فمن أخذه اخذ بحظ وافر"[٥].

وعن أنس بن مالك قال: قال رسول الله - ﷺ - : " أن مثل العلماء في الأرض كمثل النجوم يهتدى بها في ظلمات البر والبحر، فإذا انطمست النجوم أوشك أن تضل الهداة"[٦].

---

(١) عبد الحليم، محمود.موقف الاسلام من الغن والعلم والفلسفة.جزء ٢، مصر: دار الجمهورية، ١٤٢٤هـ، ص١٦٩.
(٢) البقرة : ١٢٩.
(٣) العلق الآيه ١.
(٤) القلم الآية ١.
(٥) رواه احمد والترمذي وابو دأوود وابن ماجه والدرامي، وسماه الترمذي قيس بن كثير.رواه أبو دأوود في باب الحث على طلب العلم، ج١٠، ص، ٤٩، ح ٣١٥٧.
(٦) رواه مسلم وابو دأوود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حيان في صحيحة والحاكم وقال صحيح على شرطهما.

إن هذه الآيات الكريمة وهذه الأحاديث الشريفة لخير برهان على أهمية العلم في الإسلام وتؤكد على ألتحام واتحاد العلم والدين الإسلامي وأنه لا تعارض بينهما[1].

وقوله ﷺ "إن الحلال بيّن والحرام بيّن, وبينهما أمور متشابهات لايعلمهن كثير من الناس، فمن إتقى الشبهات فقد إستبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ألا لكل ملك حمى ألا إن حمى الله محارمه, ألا إن في الجسد مُضغة إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب"[2].

كما يقول الرسول الكريم- ﷺ- يقول: "تخيروا لنطفكم ولا تضعوها إلا في الأكفاء"[3]، وفي رواية أخرى"اختاروا لنطفكم الواضع الصالحة".

تفعيل القواعد الفقهية على الوقائع والنوازل الطبية المستحدثة تميزت الشريعة الإسلامية بوضع القواعد الفقهية التى بنيت عليها الاحكام الصالحة لكل المستجدات والنوازل الطبيه المستحدثة ومعالجتها لكل أمور الحياة، مما يضفى عليه طابع المرونة والصلاحية لجميع العصور والأزمان.

ولكن أحيانا تتشابك موضوعات الدين بالقضايا الطبية غيرالمؤلوفة لدينا, وما يستجد منها من نوازل غير أن العقيدة الدينية تهدف إلى مقاومة الإنسان للفناء, بالتوحد مع الكل في الأبدية والخلود مسلحا بالقوى المقدسة أمام المجهول, مذعنا للمشيئة الإلهية ومسلماً بالغيب ومترقبا الحساب في الآخرة بعيداً عن معايير الدنيا ونظم ظواهرها الطبيعية والاجتماعية. ولا تعني عقائد الدين بتفسير الكون إلا بقدر ما تحدد للانسان ما ينبغي أن يقوم به إزاء هذا الكون. وتعتمد نظرة الدين الكونية علي تعيين مراتب الأشياء والأفعال فثمة ما هو مباح وما هو محرم.

وتتجلى لنا فى هذه الحالة أهمية حكمة القرآن الكريم في اشتماله علي أصول الشريعة وتوجيه عقول المجتهدين إلى استنباط فروعها وجزئياتها التي لا تنتهى عند حد معين, ولا يزال الزمان والمكان والأحوال المختلفة تأتينا كل يوم

---

(١) موقف الإسلام من العلم والفن والفلسفة، ص ١٢٦+١٢٧.

(٢) حديث صحيح رواه الشيخان.

(٣) سنن ابن ماجه، باب النكاح، حديث رقم ١٩٥٨

بقضايا ونوازل جديدة ومستحدثة تريد البت فيها وقضايا تتطلب حلا. فلم يكن بد إذن من حفظ الأصول وتقريرها.

ويقول عز الدين بن عبد السلام: الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية، ولدرء مفاسد المعاطب والأسقام " ويقول أيضاً: والذي وضع الشرع هو الذي وضع الطب، فإن كل واحد منها موضوع لجلب مصالح العباد ودرء مفاسدهم "[1]. ويؤكد هذا قول الله تعالى: [يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْراً كَثِيراً وَمَا يَذَّكَّرُ إِلاَّ أُولُوا الأَلْبَابِ][2].

وبالرجوع إلى القواعد والمبادئ العامة في الفقه الإسلامي عن طريق القياس والاستنباط سوف يتم استخراج حكم لكل نازلة حديثة وذلك من خلال المبادئ الآتية :

١- الالتزام بتطبيق مبادئ النظم القانونية والاصول الشرعية..

٢- أن نراعي أحوال هذا المجتمع ومصلحته الشرعية.

٣- أن نتفادى العيوب الملحوظة حاليا في طريقة صنع أوتطبيق القاعدة القانونية, وذلك بأن نحرص علي مدى مواءمة هذه القضايا المستحدثة مع قواعد ونصوص القانون, من خلال التحرر من قيود وجمود القانون بجعلها مرنة تتماشى مع مستحدثات العصر بخلق روح جديدة تتعامل مع كل ما هو جديد أو كل ما هو مستجد مع الحفاظ على عدم معارضتها للأصول الشرعية.

ويجدر الإشارة هنا إلى أن علم الطب لم يعد يقتصر علي العلاج عن طريق تناول الأدوية فحسب، بل أصبح أكثر تقدما وحداثة، فظهرت المداواة بطريق تأجيرالأرحام وتغيير الجنس وتحديد نوع الجنين ونقل الأعضاء...............وغير ذلك.

ومن هنا طرحت قضية تأجيرالأرحام بشكل منتشر وبسرعة مشهودة, ويرجع السبب فى ذلك إلى النتيجة المترتبة عليها, وهى مولد كائن حى جديد،

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الانام لعز الدين بن عبد السلام ١/ ٤، ٦ المرجع السابق.
(٢) سورة البقرة، الآية (٢٦٩).

فمن هنا كان من الضرورى تفعيل القواعد الفقهية بتطبيها على الوقائع والنوازل الطبية المستحدثة، حتى لا تحيد عن منفعة الانسانية.

وقد بات ظاهرا لنا خلو النصوص الشرعية التى يمكن الرجوع إليها في هذا الموضوع، لذا فإن العمليات المتعلقة بالرحم المستأجر تدخل ضمن المسائل الاجتهادية التي لم تتناولها أدلة خاصة بها، لأنها مسائل ونوازل مستجدة، وهي وليدة التقدم العلمي والاكتشافات المعاصرة.

و للتعرف علي الحكم الشرعي لهذه الواقعة المستحدثة الغير معتادة استخلص الفقهاء القيم الخمس الضرورية. ورأوا أن المحافظة علي هذه القيم فيه ربط للدنيا بالآخرة. ولهذا الارتباط شأن في تقويم الأشياء والحكم عليها. وفي هذا الإطار تعددت وجهات النظر في الحكم علي هذه القضايا الطبية المعاصرة من الناحية الشرعية، والمهم هنا أنه يجب بحث تطبيقات القواعد الفقهية في مجال الاستدلال لهذه القضايا عند الفقهاء السابقين.

يعد نظام تعدد الزوجات من ضمن الأسس التى أرستها الشريعة الإسلامية كحل أساسى ورئيسي. ويمكن الرجوع إليه لمواجهة واقعة مثل عملية الإنجاب بتأجيررحم الغير؛ فقد جعلته الشريعة الإسلامية من منطلق الصالح العام للمجتمع لذلك شرعت للرجل الزواج بعدة نساء بشرط تحديد العدد والعدل بينهم فليس من الصواب حظر أو منع الزوج بالتعدد فى حالة عدم إمكانية حمل زوجته بسبب العقم. فالزواج بأخرى أو التعدد في بعض الأحوال يمثل تحقيق المصلحة.

لذلك نرى من خلال رؤيتنا عن الموضوع أن الشرائع التى لا تبيح نظام تعدد الزواج. وتقر بوحدة الزوجة ترتفع فيها نسب الفساد أكثر من التى تبيحه. مما يؤدى إلى انتشار الرذائل. ناهيك عن مساوئ المخادنة والمعاشرة بدون زواج لا تزال تعرض الحياة الزوجية للخطر[1].

---

(١) هناك خطبة أحد رجال الحكومة الفرنساوية ذكر فيها أن عدد الأولاد اللقطاء المجموعين في الملاجئ بلغ حدا عظيمة أرهق ميزانية الملاجئ وما ذلك إلا نتيجة عدم التعدد. ولا تزال مشاكل عدم التعدد تعصف ببعض المجتمعات وتتطلب حلولا عاجلة تحقق المصلحة ولاسيما المقارنات والمقابلات ص ٢٣٦- ٢٣٩.
الاسرة والمجتمع ص ٦٦ — ٧٢. دائرة معارف وجدي جزء ٤ ص ٦٩١ — ٦٩٣

وأردنا من هذا العرض السابق وضع ناقوس الخطر أمام اعيوننا بالإضافة إلى وضع حد من الأنشطة الخبيثة التى تغزوا عالمنا. وليس هذا فقط ولكن خوفا من أن تتسرب إلينا من خلال أية بقعة لا تريد خيرا لعالمنا الإسلامي.

وانطلاقا من ذلك يتضح أنه لن يكون هناك حل إلا إذا طبقنا مبادىء الشريعة الإسلامية مع مراعاة المصلحة العامة وظروف المجتمع وإيجاد توازن بين الرجال والنساء إحصائيا.

من اللازم وضع ضوابط شرعية تمنع تسرب الفساد. وذلك بتعدد الزوجات لرجل واحد وهذه شرعة الحكيم العليم. وفى هذا الشأن وتماشيا مع وجهة نظر الشاطبي في ذلك علي استفتاء الوجدان بل شرط أن يخرج الإنسان عن داعية هواه. حتى يسير طبقاً لما يمليه عليه العقل والشرع فكان علي الوجدانيات الفردية أن تخضع لهذه الضروريات الكلية وإذا تزاحمت وتنافست. فالأصل أن يبذل كل امرئ جهده للتوفيق بينها لإعطاء كل ذي حق حقه. فإن بلغ التزاحم مبلغ التعارض كان من الواجب أن نضع لكل واجب رتبته تقديماً أو تأخيراً زيادة أو نقصاً ليبدأ العامل بالأهم قبل المهم. وبالمهم قبل غير المهم فيجعل الضروري قبل الحاجي والحاجي قبل التحسيني أو التكميلي ويضحى بالأدنى في سبيل المحافظة علي الأعلى.

ويجدر الإشارة هنا فى أنه قد يعتقد البعض أن هذه العملية قد تجلب مصلحة أومنفعة لصاحبة، وهي إنجاب الولد الذي يتمناه، لكن الشارع لم يعتد بهذا من المصالح بل نص علي إلغائها وهذا تماشيا مع قول الله تعالى: " يهب من يشاء أناثا" لذلك يجب أن تواجه الشريعة الإسلامية تلك النازلة المستحدثة بالطرق العقلانية. ويفضل أن تكون هذه الطرق مقترنة بالوازع الديني. كذلك العمل على وضع حد للأنشطة الخبيثة التى تترتب على انتشار مثل هذه المستجدات وأن يتم حظر ممارستها في المستشفيات التى تتم من خلالها هذه العمليات.

كما ينبغى على أهل التخصص من فقهاء الشرع والطب من واقع وظائفهم ومناصبهم أن يستغل طبيعة عملهم وتعاملهم مع الناس لتوعيتهم وتحذيرهم بشأن هذه المستجدات والقضايا، أما إذا وجدوا أن مثل هذه القضايا كعملية تأجير الأرحام يمكن أن تحصل في المجتمع الإسلامي بظروف معينة حيث

لا يترتب على حدوثها عواقب وخيمة أو آثار سلبية معتمدا بذلك على أدلة شرعية، فلا بأس في أن يشارك في تطبيق مثل هذه القضايا.

ولكن كما سبق وأن ذكرنا سابقا هذا كله يجب أن يكون بعد دراسة شاملة وناقدة وبعد تفكر وتأمل جدي وكبير في هذه القضايا، لأن مثل هذه القضايا بمكانها أن تؤثر بشكل كبير جدا على المجتمع المسلم وعلى أفراده الذين هم نواة هذا المجتمع، ومن هنا تأتي ضرورة تدخل فقهاء الشريعة، وعلماء الطب لرسم الحدود التي لا يجوز للطب تجاوزها[1].

بعد انتشارعمليات استئجار الأرحام في العالم الإسلامي، أصبح فقهاء الدين والقانون وأيضاً والطب مطالبين بالمثول أمام هذه المستجدات والقضايا سواء في العالم الإسلامي أوفى العالم الغربى كل على حد السواء فعلى كل مجتهد وعالم فى تخصصه أن يرجع إلى مبادىء الشريعة باحثا فى أصول الدين متسلحا بالأدلة الشرعية فى استخلاص الأحكام بداية كي يقوم بدراسة هذه القضية بشكل جاد، ولا ننكر على أنفسنا أن للتخصص دورا كبيرا على أن يكون تعاون الأطباء والفقهاء للتعرف علي الحكم الشرعي في القضايا الفقهية السلبية الحديثة أمرا ضروريا؛ لأنه تعاون مشترك يؤدي إلى نظر فقهي صحيح.

وبناء على ذلك فإن العلوم الطبية في حاجة ضرورية إلى العلوم الفقهية، كما أن الفقهاء في حاجة إلى علم الأطباء عندما يقررون حكما من الأحكام التي لها صلة بالجوانب الصحية، لأن الفقهاء هم أهل الذكر فيما يتعلق بالأحكام الشرعية، والأطباء هم أهل الذكر فيما يتعلق بالشئون الطبية، قال تعالى: [فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ][2].

لذا فإن المقام يقتضى على كل مجتهد أن يقوم باجتهاد شخصي يبحث القضية من ناحية طبية مستعينا بآراء الفقهاء السابقين بالقياس فى السائل الشبيهه ويقف على الآثار المختلفة سواء أكانت (الاجتماعية، أخلاقية، نفسية) المترتبة

---

(١) حقوق المريض في الإسلام: للشيخ إبراهيم عطا الفيومي (الأمين العام لمجمع البحوث الإسلامية)، مقال في مجلة الأزهر، ص ٣٩٨، ربيع الأول ١٤٢٦هـ - ابريل ٢٠٠٥م.

(٢) سورة النحل، جزء الآية (٤٣)، وسورة الانبياء، جزء الآية (٧).

على هذه المستجدة، وبعد دراسة القضية بشكل شامل، على كل متخصص أن يدقق النظر فى الموقف المناسب تجاه هذه القضية شريطة أن لا يناقض مبادىء الشريعة الإسلامية.

[وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ لا يَخْلُقُونَ شَيْئاً وَهُمْ يُخْلَقُونَ](1) [أَفَمَنْ يَخْلُقُ كَمَنْ لا يَخْلُقُ أَفَلا تَذَكَّرُونَ](2) [خَلَقَ الإِنسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ](3)

فإذاً رأى أن عملية استئجار الأرحام مثلا تتناقض مع أخلاقيات الشرع والقانون، فينبغي عليه أن يتمثل في الجزاء القانوني والجزاء الديني. كما لا يخلو من الجزاء الاجتماعي؛ لأن عدم احترام القواعد الأخلاقية فيه فساد لحالة المجتمع وفيه فوت حياة وهذه هي القيم الأساسية التي تمثل المصلحة المرسلة. لذا فإن المقام يقتضى أن نعرض موقف الفقه القانوني للتعامل مع الوقائع والنوازل الطبية المستحدثة وذلك من خلال المبحث الثانى من هذا الفصل.

موقف الفقه القانوني للتعامل مع الوقائع والنوازل الطبية المستحدثة:

إن الهدف الأساسى من القانون الوضعي هو حماية المجتمع. ويترتب علي ذلك مراعاة أن يكون تفسير قواعد هذا القانون مهمة عملية ضرورية وتقتضى كشأن غيرها دراسة واعية وعلمية حتى يتماشى مع مستحدثات العصر ومتابعة النوازل المستحدثة. ويجب أن يعتمد القانون الوضعي سواء في تكوينه أو في تطبيقه بقدر الأمكان علي المعطيات العلمية. تتجلى أهمية هذا المبحث فى توضيح أهم المشكلات الشرعية والقانونية التي تثيرها النوازل الطبية المستحدثة ومحاولة إيجاد الحلول والمعالجات لها، دون أن نغفل التطرق إلى القواعد الخلقية وموقفهم منها كضرورة لابد منها لأية دراسة قانونية من هذا القبيل. ولا جدال فى أن تحقيق التوازن القانوني بين المصالح المترتبة على هذه المستحدثات يأتى بناء على الانعكاسات القانونية لدى المجتمع؛ لأن القانون مرآة المجتمع وهذا ما يفسر

---

(1) النحل ٢٠
(2) النحل ١٧
(3) النحل ٤

اختلاف التنظيم القانوني فى مجتمع الغربى عن نظيره فى المجتمع العربى الإسلامي حسب ما يسود فيه من عوامل مؤثرة.

وتتجلى لنا أهمية دور القانون المصري فى الحفاظ علي البنيان الطبيعي للأسرة, وكذلك التنظيم الاجتماعي للعلاقة الجنسية التى تعد الوسيلة الوحيدة للزواج الذى يعتبر النواة الأولى لتكوين الأسرة وما يتمثل فيها من قيم أخلاقية, وهذا لضمان إسباغ الحماية المطلوبة لتنمية المجتمع, وهذا لن يتحقق إلا بتطبيق نصوص الدستور الخاص باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للقانون المصري نقلنا في صدر هذه الدراسة نصوص المواد ٢، ٩، ١٢ من الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ وهي ينص الدستور المصري في مادته الثانية علي أن : "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

وتنص المادة التاسعة من الدستور نفسه علي أن : "الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق والوطنية".

وتنص على المادة الثانية عشرة من الدستور علي أن : "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية والتراث التاريخي للشعب والحقائق العلمية والسلوك الاشتراكي والآداب العامة وذلك في حدود القانون.

وفي ضوء تطبيق النصوص القانونية بشأن علاج المستحدثات الناتجة من جراء بعض الانعكاسات الطبية الحديثة المتعلقة بالأسرة. وعلى سبيل المثال جريمة إنجاب طفل بوسيلة تأجير الأرحام.

وسوف نهتم في هذا المبحث بالأرحام المستأجرة من حيث كونها متعلقة بالنظام الاسرى بوجه خاص, وبالمجتمع على وجه العموم, مما تعد مساساً مباشراً, ومن حيث هي انتهاك مباشر للقيم الخلقية الحاكمة في مجال الحياة الجنسية. وخاصة بعد أن وجدنا تقاعس المشرع عن إسباغ المشروعية الوضعية علي الأحكام القانونية الخاصة بجريمة تأجير الأرحام موضوع البحث

كما يؤخذ على المشرع المصري تقاعسه فى حماية العلاقات الجنسية من أي ممارسة غير مشروعة حيث أن حمايته اقتصرت علي منع الممارسات غير

المشروعة التي تتم ضد أرادة المجني عليه دون أرادته[1]. ومن ثم فإن ينحصر نطاق التجريم في ظل القانون المصري في الأفعال التي تعد اعتداء علي الحرية الجنسية وهي الأفعال التي ترتكب دون رضاء صحيح قانونا من المجني عليه أو التي تعد اعتداء علي تنظيم اجتماعي أو علي الحقوق التي يرتبها هذا التنظيم لأطراف العلاقات التي تحكمها قواعده القانونية[2].

وعلي أي حال فإن النوازل الطبية المستحدثة تحتاج إلى نصوص قانونية مرنه وفى نفس الوقت تكون رادعه تتلاءم وتتماشى مع التقدم العلمي, وخير مثال القضايا المتعلقة بالرحم المستأجروالتى تدخل ضمن المسائل الاجتهادية التي لم تتناولها أدلة خاصة بها؛ لأنها مسائل ونوازل مستحدثة، وهي وليدة التقدم العلمي ووالاكتشافات المعاصرة.

وذلك يتم من خلال خلق القاعدة القانونية التي تضعها السلطة المختصة المكونة من رجال القانون والشرع والطب معا شريطة أن يتم تكوين هذه اللجنة بالانتخاب من قبل الشعب في صورة مكتوبة محددة.

لا شك فى أن اتباع القواعد القانونية والشرعية موقف مثالي موحد فهو يحافظ على توازن الإنسان وحياته, ولابد أن يؤدي ترجيح قيمة علي أخرى في الإنسان إلى أن يستعيد توازن حياته, عن طريق ما يفعم به الدين وقبول وارتضاء مشيئة الله وما يرتقبه من مثوبة وجزاء, تعويضاً عما افتقده أو عاناه في حرمانه من نعمة الإنجاب, وذلك من خلال أرتباط أحكام القاعدة القانونية بأحكام الفقه الإسلامي والفقه المقارن.

ولما كانت النوازل الطبية الحديثة تتيح إمكانيات واسعة في توجيه الإنجاب, بل والتلاعب فيه بانتهاك القانون البيولوجي, وكذلك بإدخال طرف أجنبي في عملية الإخصاب المساعد بشكل لم يكن معهودا من قبل وبما يبدو متعارضا أحياناً مع بعض الثوابت والقواعد الجوهرية في الأخلاق والشريعة والقانون.

---

(١) محمد ذكي أبو عامر، المصدر السابق، ص ٧٢ – ٧٣.

(٢) محمود نجيب حسني، ، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الإعتداء علي الأشخاص، ، القاهرة ١٩٧٨ رقم ٣٣٤ ص ٣٣٠.

وهناك سؤال يطرح نفسه لتحقيق ذلك.

فبناء على ذلك هل يمكن فصل القانون على الدين المتمثل فى الشريعة فى شأن النظر أو التعامل على هذه المستجدات باعتبار ما حققته من نتائج – هذا ما طبقه المجتمع الغربى؟ وهل علينا تطبيقه أسوة به؟

بداية موضوع القانون هو تصرفات الإنسان وأفعاله الخارجية ، كلجوء المرأة تأجيررحمها مقابل المال أواستعانة الازواج إلى الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام عند إصابتهم بالعقم أما الدورالتوجيهى للشرائع الدينية فهو يقتصرعلى مقاصد الإنسان ونواياه الداخلية التي لا تخرج إلى حيز الوجود الخارجي في صورة تصرفات وأفعال مادية ظاهرة.

ومع الأسف قامت فلسفة القانون الحديث علي أساس انفصال القاعدة القانونية عن الشريعة الاسلامية وظل القانون المصرى يعمل بهذا المبدأ مدة من الزمن. فنحن الآن فى حاجة ماسة وضرورية إلى وقفة نستعرض فيها نتائج ذلك وحصيلته إزاء هذا الكم الهائل من المستجدات والوقائع والنوازل المستحدثة. لذلك كان من اللازم وضع التصوص القانونية بالاستعانه إلى القواعد الشريعة المبنية علي المقاصد والأهداف العامة للشريعة من خلال الكتاب والسنة واجتهادات في القضايا الفرعية والرجوع إلى القواعد الفقهية عند دراسة المستجدات الطبيه الحديثة يمثل ضرورة اجتهادية. وخصوصا في النوازل التي لا يحكمها نص صريح. فالقواعد تعتبر دليلاً شرعياً يمكن استنباط الأحكام منها بشرط سلامتها من المعارض. ومعنى ذلك أننا سنلغى انفصال القانون عن الدين كما حدث من قبل.

لذا لا ينبغى علينا أن نميز أو نفصل بين القانون والشريعة الإسلامية علي أساس موضوع كل منهما ؛ لأن القانون مكمل للشريعة مع الاحتفاظ بدور كل منهما فالشريعة قانون طبيعى.

أما القانون فهو وضعى مع الاحتفاظ فى مرجعيته للشريعة عند عدم امكانية الوصول إلى نص قانونى أما بالنسبة إلى موضوع كل منهما فالشريعة الإسلامية هى المصدر الأصلى الذى قدم للإنسانية ما تحتاجه من قواعد قانونية علي مرالأزمنة.

وإذاً كانت الشريعة قد فقدت جزء من أهميتها في هذا الصدد في العصر الحديث، إلا أنها ما زالت المصدر الرسمي الاساسى للقانون في بعض الدول، كالمملكة العربية السعودية. بالإضافة إلى مساعدتها فى أستخراج أحكام القضايا المعاصرة[1].

وتتجلى أهمية دور الشريعة فى شمولها إلى جانب ما تقدم بالإضافة إلى صلاحيتها لكل زمان ومكان. فإن الشريعة تتسع أحكامها لغير المسلمين من المواطنين والأجانب. لا تظلم أولئك ولا هؤلاء. بل تشملهم بالعدل والرعاية وتحفظ حقوقهم. ويرجع السبب فى ذلك أن أحكامها تقوم علي أسس منطقية عملية حضارية وأهدافها وأغراضها سامية ووسائلها عادلة إنسانية راقية.

وكذلك من مظاهر ارتباط القاعدة القانونية بالشريعة الإسلامية فى إبراز الجانب الأخلاقي لمواجهة النوازل الطبيه المستجدة وضع جزاء يتمثل في الجزاء القانوني والجزاء الديني. لأن عدم احترام القواعد الأخلاقية فيه فساد لحالة المجتمع ويجب على الأفراد الالتزام بالقواعد القانونية التي يتعين علي الأشخاص الأمتثال لها. حتى ولو تعارضت مع أهوائهم ونزواتهم. ومن هنا يمكن القول بأن الدراسة العلمية الموضوعية للمستجدات المستحدثة وعلي سبيل المثال الدراسة الموضوعية لعلمية تأجير الأرحام غريبة في مظهرها ؛ لأن المماثلة بينها وبين طرق

(١) يستعمل أحيانا لفظ الحديث مكان المعاصر. وفي معجم لغة الفقهاء صـ ٢٨٣م: المعاصرة: مأخوذة من العصر، وهو الزمن المنسوب لشخص: كعصر النبي ﷺ، أو المنسوب لدولة كعصر الأمويين، أو المنسوب لتطورات طبيعة أو اجتماعية كعصر الذرة أو عصر الكمبيوتر.
والمراد بالقضايا المعاصرة: المسائل التي جدت في مجالات مختلفة في عصرنا، والتي يبحث العلماء حكمها الشرعي من المصادر الفقهية في ضوء علوم العصر ومعارفه، وقد ظهرت في هذا العصر كثير من المسائل الفقهية في جوانب مختلفة من حياة الناس، منها ما يتعلق بالجانب العبادي كقضايا الزكاة المعاصرة ومنها ما يتعلق بتعامل الناس المالي: كقضايا البنوك، والشركات الحديثة، والتامين، ومنها ما يتعلق بالقضايا الطبية، كموضوع البحث، أو نقل الأعضاء البشرية، أو التلقيح الصناعي، أو اختيار جنس الجنين. ..
وهذه القضايا يبحثها كل عالم في مجال تخصصه في العلوم. ثم يقوم من عنده الملكة الفقهية باستنباط حكمها الفقهي — من خلال نصوص الشريعة — مراعيا في ذلك علوم العصر ومعارفه، فهو إذن تعاون مشترك يؤدي إلى نظر فقهي صحيح.

الإنجاب الأخرى تبدو خاطئة فكلمة العلم لا تتناسب إلا مع الطبيعة المادية وحدها. أي لا بد من دراسة هذه الظاهرة دراسة واقعية وعملية وبعدها الحكم عليها شرعا وقانونا.

بهذا وضعت القواعد الأخلاقية أساس العلاقة بين القانون والتشريع، فحيث تنتهي مواد القانون فليس أمامنا إلا أن يتجه الناس إلى الأخلاق. وبعد نضوج المسألة ووضوح الرؤية تبين أن قواعد القانون هي نفسها قواعد الشريعة ولا فرق بين سلوك الفرد وهو خاضع لقواعد قانونية أو قواعد الشريعة الإسلامية ؛ لأن الغرض والقصد من وضع الشريعة هو تنظيم الحياة الاجتماعية. ومما لا شك فيه يعد إرتباط القاعدة القانونية بالشريعة الإسلامية. من شأنه أن يمكن لهذه القاعدة في نفوس المكلفين الالتزام بها وأن يعزز من مكانتها في قلوبهم وأن يقلل من التعدى علي مخالفتها والتحايل عليها.

وانطلاقا مما سبق تبين أنه لا يمكن فصل القانون عن الدين أسوة بالمجتمع الغربى عند التعامل على المستجدات. بصرف النظر على ما تحققه هذه المستجدات من نجاح ؛ لأن العبرة ليست بالنجاح لأن هناك نجاح دنيوى وأخروى. والمهم أن كل مجتمع يختار ما يناسبه سواء من المجتمع الغربى أوالمجتمع الإسلامي. إذ أن العبرة بمعيارأو تفسير معنى النجاح . وسوف نلقى ببصيص من الضوء على تاثير كل من القاعدة القانونية والفقه الغربى وكذلك الإسلامي.

تستمد المجتمعات العلمانية قوانينها من المجتمع والعرف الاجتماعى. بينما فى المجتمعات التى تدين بالديانات السماوية تستمد قانونها من أوامرشريعة - الله جل شأنه - .. بعد نضوج المسألة ووضوح الرؤية تبين لنا حجم العلاقة بين القواعد القانونية والشرعية فى تحقيقهما لمجال الضبط الاجتماعي. وانطلاقا مما سبق نرى من جانبنا أن القاعدة القانونية المتجردة عن النوايا والمقاصد للدول العلمانية لا يوجد أرتباط بينها وبين الدين بصرف النظر عن الشريعة التى يعتنقها أفراد المجتمع المتمثل فيه سلوك الإنسان في علاقته بالخالق.

وهذا على عكس كل ما تقتضيه الدول التى تطبق الشريعة الإسلامية لكيفية التعامل مع الوقائع والمستجدات المستحدثة لإقامة النظام الاجتماعي. حيث تتباين أوجه الاختلاف من مجتمع إلى آخر وعلى سبيل المثال فالنظام

القانونى في مجتمع معين قد يخالف النظام القانونى في مجتمع آخر. ولذلك نري مثلا أن النظام العام في المجتمعات الغربية يفرض مبدأ وحدة الزوجة بحيث لا يكون الزواج بأكثر من واحدة، بينما النظام العام في المجتمعات الإسلامية لا يطبق ذلك.

بل يسمح بنظام تعدد الزوجات بشرط إلا يتجاوز العدد عن أربع. وهذا المبدأ يطبقه القانون ومرجعيته هى الشريعة الإسلامية. نرى من جانبنا أن عملية تأجير الأرحام المعمول والمسموح بها فى الغرب تعتبر أثر من أثار مبدأ وحدة الزوجة ؛ حيث يلجا الزوج المتزوج من امرأة عقيمة باللجوء إليها باعتبار عدم امكانية زواجه بأخرى.

فقد استبان لنا التناقض العجيب عند اطلاعناعلى دساتير ونصوص إعلان حقوق الإنسان في الدول الغربيه. لا نشاهد من أبعاد الحرية ومعالمها إلا نصوصا تبدو بعيدة كل البعد عن العدالة. وذلك حينما ننظر إليها نظرة سطحية[1].

هذه هي الحرية التى ينادى بها الغرب. وهذا هو نتاجها ابتكارات مستحدثة من أرحام مستاجرة. نرى أن الاهتمام فى الحديث عنها يعطيها وضع أكبر من قيمتها. ولكننا وللأسف أمام ظاهرة لابد من التدخل فيها للحد منها ولضمان عدم انتشارها.

نجد أن رجال القانون فى الدول الإسلامية يعملون جاهدين على أن يحفل المجتمع إلى أبعد حد من حماية القيم الخلقية التي يجب أن تسود المجتمع الإسلامي والتي يجب أن يلتزم بها الأشخاص.

هذا على عكس القائلين من القانونيين الغربيين بضرورة توسيع نطاق الحماية القانونية لتشمل السلوك المنافي للقيم الخلقية. يعبرون عن هذه القيم بأنها "القدر المتعارف علي قبوله من القيم الخلقية في المجتمع" وانطلاقا مما سبق يتبين لنا أوجه الخلاف بين المجتمع الغربى والإسلامى.

---

(١) ص ٥، ٦، ٧ من كتاب جرائم النشر للأستاذ محمد عبد الله محمد. كتاب السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية

في المجتمع الغربي نجد القانونيين الغربيين اقتصرت الحماية على ما يرى المجتمع حمايته من القيم الأخلاقية. وحين تتغير النظرة الاجتماعية إلى قيمة معينة فإنها تخرج من نطاق القيم المحدد لها الحماية القانونية.

وخير مثال في الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وانجلترا، وهذا يرجع إلى صدور قوانين تسبغ الأباحة علي افعال كانت محلا للتجريم، وكان تجريمها يجد سندا له في تنافيها مع تعاليم الاخلاق فلما انتصر سياسا – مذهب القائلين بأن الدائرة التي يجب أن يحميها القانون بالتجريم والعقاب يمكن – بل يجب – إلا تتطابق والدائرة التي تظلها الأخلاق بمظلة الاستهجان فقد تجريم تلك الأفعال سنده وانتهى الأمر بها إلى الأباحة[1].

ويرى أصحاب هذا الرأى بضرورة الفصل بين القانون والأخلاق – فيما يتصل بالحماية التي يسبغها القانون علي القيم الخلقية وعلى العكس واجه هذا الرأى الاعتراض لكثير من الفقه وكذلك نحن لا نؤيد أصحاب الاتجاه السابق، لأن القانون يجب أن يتضمن القدر الكافى من الحماية المتعارف عليها اجتماعيا من القيم الخلقية، وذلك بتجريم السلوك المنافي لهذه القيم وفرض العقاب على من يتعدى على هذه القيم.[2]

---

(١) انظر في تفصيل ذلك:

Martin Golding ،Philosophy of Law, New Jersy, 1957, Friedman, Law in Changing Society, London 1972, Hart, Law Liberty and Morality, London, 1969.

محمد سليم العوا – في أصول النظام الجنائي الإسلامي، الطبعة الثانية، دار المعارف، ١٩٨٣ ص ٥١ وما بعدها، والمراجع المشار إليها فيه. وأهم الأفعال التي اباحتها التشريعات المتعاقبة سنة ١٩٦١ هي: الإجهاض والبغاء والشذوذ الجنسي بين الذكور إذا كان الطرفين بالغين راضيين، وارتكب الفعل في غير علانية ونشر المواد الاعلامية الفاضحة التي لا تتضمن تحريضا صريحا علي الفجور.

(٢) من أقوى مؤيدي هذا الرأي تعبيرا عنه وعرضا له:

Lord Devlin ،The Enforement of Morals ،London ،1965 Basil Mitchell, Law, Morality and Religion, London 1970, Abrahams, Morality and the Law London 1971.

وقد تردد القضاء البريطاني (مجلس اللوردات) في موقفه من حماية القيم الخلقية بتجريم صور السلوك المنافية لها، فبعد أن اتخذ موقفا واضحا في أن ذلك هو الرأي الذي يؤيده في قضية SHAW V.D.P.P عاد فعدل عن هذا الموقف حين رفض القول بأن من سلطته من نطاق القانون الجنائي ليشمل بحمايته القيم الخلقية، وذلك في قضية: **Knuller V.D.P.P (١٩٧٣)**

أما بالنسبة إلى رجال القانون فى الدول الإسلامية فإنهم يضعون من خلال القواعد الشرعية ضوابط شرعية تتضمن مجموعة من القيم تمثل النظام الخلقي. ويفرض الحماية القانونية علي هذا النظام كله ؛ ليحث المجتمع دائما علي احترامه، بفرض العقاب علي من يتعدى قواعد الحماية القانونية المسموح بها.

هناك صراع دائم بين دول الغرب وبين الدول التى تطبق الشريعة الإسلامية من وجهة نظر القانون والأخلاق بشأن التيارات التى تأتى إلينا محملة بكل ما هو جديد ومزين. بما لا يتناسب مع مجتمعنا والمثال العملى المستحدثات والنوازل الطبية الحديث التى تسربت وتوغلت إلى عالمنا العربى وخاصة بعد انتشار المواد الاعلامية إلى كل مكان على سطح الأرض.

ويرجع السبب فى تسرب تلك المستجدات بصالحها وطالحها دون تنقيتها إلى بلادنا العربية والإسلامية دخول الاستعمار الثقافي والفكري والتشريعي. إلى عالمنا العربى أن هذا الاستعمارأخطر من الاستعمار السياسى ؛ لأن الأخير منظور ومحسوس هدفه ومقره سطلو البلاد. أما الاستعمار الثقافى فغالبا ما يدخل بيننا متسربا دون أن نشعر. بالإضافة إلى أن هدفه ومقره سطو العقول. ولقد عاش هذا النوع من الاستعمار في داخلنا ومازلنا نقيس الأمور أو الكثير منها بمقياس الدول الأوروبية والأمريكية. كلما كانت الفكرة من هناك فإننا نقف عندها. وكلما كان الحل التشريعي من هناك. فإننا نميل إلى تقديره واحترأمه.حتى وصل الأمر إلى بيع الاجساد والاعضاء والاطفال عند الحاجة إلى المال.

نحن لسنا ضد كل ما هو جديد. ولقد ذكرنا فى السابق أن تلك المستجدات الحديثة بها الصاح والطالح ولكن ينبغى علينا أن نتخذ مقياسا أو معيارا لتطبيق ما يناسبنا أو يصلح لنا وما لا يصلح. وخير معيار نسلكه ونتبعه هو مبادىء الشريعة الإسلامية ؛ وذلك لأنها جامعة وشاملة كل الأحكام سواء الموجودة أو المستجدة حتى تقوم الساعة. كما أن انظمة الإسلام تتوافر بذاتها علي أسباب الصلاحية ومقومات الجدوى والملاءمة أن شريعة الإسلام لا تقاس علي غيرها. بل غيرها يقاس عليها ؛ فهي نظام مستقل قائم بذاته متكامل شامل.

وعلينا ألا نتخذ الأنظمة الأوروبية والأمريكية الحديثة أو المعاصرة مقياسا نقيس عليه أنظمة الشريعة الإسلامية.. هذه الأنظمة الحديثة المذكورة

ليست حتما صالحة.. أن صلاحيتها وجدواها محل نظر أو هي محل شك هناك وكثيرا ما تختلف هناك النظريات اختلافا جزريا – ومن الأولى فإن صلاحيتها وجدواها وملاءمتها لنا هي محل شك عندنا.

تقييم الباحثة :

ينبغى على المشرع الاسراع فى وضع نص تشريعى يتصف بوحدة المنهج قادرعلى مواجهة النوازل الطبية المستحدثة حتى لا يتفشى الانحلال فى المجتمع ونصبح مثل الدول التى تدعى حرية الفكر, وما هى إلا حرية انحلال ليس على الصعيد العربى الإسلامي بل وعلى الصعيد العالمى, ولن يتحقق هذا إلا إذا اتبع الحل الشامل المتكامل وهو الأخذ بمبأدىء الشريعة الإسلامية وتوعية الناس بدينهم, وذلك من خلال وسائل الاعلام والثقافة القانونية والتكامل الاجتماعي والتمتع بمناخ الحرية فى ظل تطبيق الأنظمة الإسلامية في التشريع والقضاء.

وكذلك نوصى المشرع أن يجتهد فى وضع مشكلات التشريع ومشكلات القضاء ومشكلات المجتمع كله.فى قالب واحد لارتباط وتكامل كل منهم بالآخر وخاصة فى ظل الغياب النصوص القانونية فى بعض المستحدثات التى تمطر علينا من الغرب ولا نعرف من أين أتت, فالفصل سوف يرمى بنا إلى الوراء.

ينبغى على الفقهاء الشريعة الإسلامية وضع الأصول والضوابط للحكم على كل ما يأتي به العلم من اكتشافات مستحدثة واضافة نازلة عملية تأجير الأرحام, باعتبارها من النوازل الطبيه المستحدثة في باب الحلال والحرام, فيقرون الحلال وينكرون على الحرام تواجده ، حتى يكون المسلمون على بصيرة مما يحاك بهم ويضمر لهم دينهم[1].

نحن لا نرى وجاهة ولا مبرر فى أن نتخذ موقفا سلبيا أوأن نتقوقع فى أماكنا خوفا علي مبادئنا وعقائدنا أو هويتنا إلا إذا كنا مسلوبي الأرادة ومستسلمين للوقائع والنوازل التى تسقط على رؤسنا من الغرب وكأنها سيول لا

---

(١) أحمد نصر الجندي: النسب في الاسلام والأرحام البديلة ، القاهرة: دار الكتب القانونية ،٢٠٠٣ ص ٢٣٦ - مبادىء القضاء فى الاحوال الشخصية , الطبعة الثالثة , ١٩٨٦ , نادى القضاة

ترى شيئا امامها ؛ لذا فإن المقام يقتضى بنا أن نشأرك فى الحضارة العالمية ؛ لخلق لغة حوار وذلك للمناقشة وليس للمنافسة.

يجب ألا تتأثر نصوص القانون من الفقه الغربى. ولذا يجب تجنب وقوع القانون أو تطبيقه تحت تأثير بعض الأفكار ذات الطبيعة الغربية مثل الإرادة الحرة وعدم الأخذ في الاعتبار بالأخلاق, فمن الضروري أن تكون العدالة مطابقة للشعور الاجتماعي الذي يعطي اهتماماً كبيرا بالمسؤولية الأدبية للفرد وللمجتمع.

ويؤخذ على المشرع المصرى فى وضع نصوص قانونية بشأن جميع التصرفات التى يرد التعامل فيها على جسد الإنسان, ونخص هنا بالذكر قضية تأجير الأرحام موضوع بحثنا ماإذاً ينتظر وما هو الصعب فى اتخاذ هذا الأجراء على وجه السرعة فى جلسة مستعجلة مثلا كما كان يصدر قانون الطوأرىء من قبل وذلك خوفا من أن يصبح إيجار الأرحام من حالة فردية إلى ظاهرة اجتماعية تتفشى بين أفراد المجتمع وخاصة أن الذى يلجأ إلى هذه العملية أصحاب الطبيقتين المتألف منهما المجتمع الفقيرة المتمثلة فى صاحبة الرحم المستأجر, والأغنياء أصحاب النطف البيولوجية.

كما نوصى المشرع بمراجعة(نص المادة ٤٣ من الدستور المصري) التي منعت إجراء أية تجربة طبية أو علمية علي جسم الإنسان بغير رضائه الحر." نرى من جانبنا أن هذه المادة منحت الفرصة لأصحاب النفوس الضعيفة بوجود ثغرة يمرون من خلالها لتحقيق أغراضهم فى التعامل على الجسد الانسانى وجعله تحت مظلة الأشياء بإجراء التجارب عليه

لذلك يؤخذ على المشرع المصرى عند وضعه لهذا النص إطلاق المعنى على العنان دون وضع لجام للحرية المذكورة, فينبغى أن تقيد حرية رضاء الإنسان وعدم تخيره أو مجرد العرض عليه لمارسة أي نوع من التجارب, حتى لا يصل بنا الحد إلى ظهور طبقة دنيا ترضى أن تكون حقل تجارب وخاصة فى ظل الظروف الاقتصادية التى يعيشها العالم الآن, وما ولدته هذه الظروف من بيع اجزاء من البشر ومعذرة منى على هذا اللفظ الصريح الذى يستبدله البعض الان بلفظ التبرع بالأعضاء كبيع الكلى, وللأسف أقره أخيرا مجلس الشعب مع احترامنا الجليل له.

ولا غرابة فى ذلك, الأمس بيع أجزاء من البشر واليوم بيع أو تبرع أو إيجار أرحام (أي بيع البشرنفسه) وماذا عن الغد؟ وأخيرا نأمل من المشرع المصرى أن يضع فى عين الاعتبارمناط الحظر من هذا النص ويكون على الاقل مثل نظيره المشرع الجزائرى عند وضعه لنص المادة (٧١) من الدستور الجزائري لعام ١٩٧٦ علي ما يلي: (يعاقب القانون علي المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلي كل مساس بالسلامة البدنية أو المعنوية للإنسان. تضمن الدولة مساعدة المواطن من أجل الدفاع عن حريته وحصانة ذاته).

كما نرى بما أن الموضوع وصل إلى الجرائد والمجلات, أي اصبح على الصعيد العام وأصبح موضوع رأى عام عرض وملحق بهذه الرساله المستندات الدالة على ذلك مع الأخذ فى الاعتبار أننا وللأسف نعيش سياسة الأمر الواقع.

فعدم الاهتمام المشرع بهذه القضايا وعدم الإسراع فى البت فيه جعلنا فى موقف حرج, مما أدى إلى اختلاط الأمر على ذوى النفوس الضعيفة, بين حرية الاختيار وبين الأباحية والانحلال, فأي منهج ترغبه سياسة الدولة, انني لا اظن أن أغلب الناس في المجتمع يريدون الإباحية أو الانحلال, ولا أظن أن الدولة تستطيب نتائجه..

فلماذاً إذن تسمح بتداول هذا الموضوع على الملأ فى البرامج الإذاعية والتليفزيونية, نحن نؤمن بحرية الرأى ولكن جعلها تترك من يوافق على مثل هذه القضيه دون رقابة ويقول رأيه على الهواء أو من خلال مؤتمر أو لقاء أو ما إلى ذلك, نرى أن هذا تشجيع على الرزيلة, وخاصة أن هناك من يشاهد هذا كما سبق وأن ذكرنا من أصحاب النفوس الضعيفة والمحرومين من الولد وينتظرون قليلا من الأمل؟

لا وبالأحرى ظهر رأى يقول: يجوز تحديد نوع الجنين على الملأ العام.. ..... على أي أساس بنى فضيلته فتواه؟ ومن المكلف الدارك والمنطبقة عليه شروط تحديد الجنين؟ ولعدم التكرار سوف نتعرض لهذه القضية فى القسم الثانى من هذا البحث- إن شاء الله تعالى - . أين المنطق واين المصلحة العامة في هذا؟! بل أين وحدة المنهج؟

في حين أن بعض هذه البرامج تتخذ من هذه المواضيع مادة إذاعية لجذب المشاهدين وتحقيق ربح أكبر على حساب الحلال والحرام.

وأخيرا يتجلى لنا أهمية أن نؤمن بقدرالله ؛ لأن الإيمان بقدر الله يعيد للنفس الطمانينة. والإيمان بمشيئة الله نوع من الالتزام وليس أمرا مشروطا ويقوم علي المحتومية لا تشترط مقدمات معينة لحدوث النتيجة.

موقف المجامع الفقهية من جراء عمليات الإنجاب بوسيلة تأجيرالأرحام

- ترفض المجامع العلمية تأجير الأرحام وذلك من خلال قرارها الثالث في الدورة الثامنة سنة ١٤٠٥ هـ :

الحمد لله وحده والصلاة والسلام علي سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وعلي آله وصحبه وسلم وبعد. فإن مجلس الفقه الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت ٢٨ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ إلى يوم الاثنين ٧ جمادي الأولى ١٤٠٥ هـ الموافق ١٩- ٢٨ يناير ١٩٨٥م قد نظر في الملاحظات التي ابداها بعض أعضائه حول ما أجازه المجمع في الفقرة الرابعة من البند الثاني في القرار الخامس المتعلق بالتلقيح الصناعي وطفل الأنابيب الصادر في الدورة السابعة المنعقدة في الفترة ما بين ١١- ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٤ هـ ونصها :

"أن الأسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبيضة من زوجين وبعد تلقيحها في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضرتها منزوعة الرحم". يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة وملخص الملاحظات عليها : "أن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بيضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل إنسداد رحمها علي حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثم تلد توامين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البيضة من أم ولد معاشرة الزوج كما قد تموت علقة أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة ولد الزوج. ويوجب ذلك من اختلاط الانساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين والتباس

ما يترتب علي ذلك من أحكام وأن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة ". كما استمع المجلس إلى الآراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرين في المجلس، والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج في حاملة اللقيحة واختلاط الانساب علي النحو المذكور في الملاحظات المشار إليها. وبعد مناقشة الموضوع وتبادل الآراء فيه قرر المجلس سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع المشار إليها من قرار المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام ١٤٠٤ هـ. وأعاد المجمع صياغة القرار ليصبح كالقرار السابق مع حذف الأسلوب السابع في طريق التلقيح الخارجي.

- **قرارات مجمع الفقه المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي**:

القرار الثاني:-

الحمد لله والصلاة والسلام علي سيدنا محمد خاتم النبيين وعلي آله وصحبه. أن مجلس الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من ٨ – ١٣ صفر ١٤٠٧ هـ الموافق ١١- ١٦ أكتوبر ١٩٨٦م. بعد استعراضه لموضوع التلقيح الصناعي – أطفال الأنابيب – وذلك بالاطلاع علي البحوث المقدمة والاستماع لشرح الخبراء والأطباء. وبعد التداول. تبين للمجلس: أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة في هذه الأيام هي سبع: الأولى: أن يجري تلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته. الثانية: أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبيضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة. الثالثة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها. الرابعة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبيضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة. الخامسة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى. السادسة: أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة. السابعة: أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا. وقرر: أن الطرق الخمسة الأولى كلها محرمة شرعا وممنوعة منعا باتا لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الانساب وضياع الأمومة. وغير

ذلك من المحاذير الشرعية. أما الطريقان السادس والسابع فقد رأي مجلس المجمع أنه لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد علي ضرورة أخذ كل الاحتياطيات اللازمة. والله أعلم.

ومن ثم عاد مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة ١٩٨٩ إلى تحريم جميع صور أستئجار الأرحام وذلك لما في الأمر من ملابسات، ومخافة اختلاط النطف في المختبرات. ومن هنا نرى أن المجمع الفقه الإسلامي أجاز صورة واحدة من صور أستئجار الأرحام ومن ثم حرمها جميعا، معتمداً في ذلك على مبدأ سد الذريعة.

- قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر:

أفتى مجمع البحوث الإسلامية بمصر بحرمة استخدام رحم امرأة أجنبية لوضع ماء زوجين في رحمها، وهذا القرار أصدره مجمع البحوث الإسلامية بمصر بعد انعقاده في يوم الخميس ٤ من محرم ١٤٢٢ الموافق ٢٠٠٣- ١- ٢٩، وبعد مناقشة علماء المجمع الموضوع قرروا أن ذلك حراما، وقد جاء هذه القرار بإجماع علماء المجلس وعددهم خمسون فيما بقي الدكتور عبد المعطي مصرا على رأيه بجواز عملية تأجير الأرحام.

النتائج العامة

أسجد لله – سبحانه وتعالى – علي انتهائى لهذا العمل المتواضع في موضوع البحث وهو: تأجير الأرحام، ويعلم الله أني بذلت فيه أقصى ما في وسعى وقصارى جهدى؛ حتى يخرج علي هذه الصورة التي أتمنى من الله – عز وجل – أن تكون خالصة لوجهه الكريم، وقد توصلت من خلال هذا البحث للنتائج الآتية:

١- بداية أود التنويه إلى أننى توصلت إلى أن من ضمن الأسباب الرئيسية التى تجعل مجتمعا بأكمله عرضة أمام ظاهرة مثل عملية تأجيرالأرحام وهو سوء الأحوال الاقتصادية. ولما كان الأصل في المجتمعات أن تكون نامية متطورة. وبالتالى كلما كانت أنضج من غيرها كانت أسرع من غيرها نموا وتطورا. فكذلك يجب على الدولة أو الحكومة ان تعالج الوضع المادى لهؤلاء النساء الذين يبيعون أجسادهن مقابل العيش. أى تبيع طفلا لتربى آخر لأنه مما لا شك فيه لو كانت الأوضاع الاقتصادية متكيفة مع ظروف البيئة الاجتماعية التي تطبقها والتي تتعامل علي مقتضاها الدولة في محاولة تنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيما صحيحا بين أفرادها فيما بينهم وبين الدولة التي ينبغي ان تنشىء نظاما تكافليا اجتماعيا. وقد اقترحت نموذجا مبسطا أثناء عرضى لهذا البحث لحل هذه المشكلة. وبوجود نظام تكافل مادى يوفره الغنى للفقير تستمد الدولة مقومات وجودهات من إرادات الأفراد. وبالتالى تستلهم أداء رسالتها من رغباتهم النامية والمتطورة دوما والتى تؤدى إلى تقدم الأمة.

٢- إن استئجارالأرحام ترتب عليها آثارا تقشعر لها الأبدان أو القلوب وتزهل لها العقول؛ لما فيها من تعدد الأمومات. فهناك أم بالرحم وأخرى بالنطفة وأم بالرضاعة. بمعنى أنه يمكن فى يوم من الأيام ان يقول شخص لآخر هذا اخى من الرحم. وهذا اخى الجينى أما هذه فهى أختى من الرضاعة. وليس هذا فحسب بل هناك أيضا حيرة تتولد لمن يدرس هذا الموضوع. مع التعمق حول من تكون الأم وهى نفس الحيرة التى إنتابتنى فى بداية البحث. كان فى اعتقادى أن الام هى البيولوجية لما تعطيه له من مورثات ولكن بعد الدراسة والتعمق والبحث وجدت أن الأم بناء على تطبيقى للنظريات القانونية والفقهية فى علم

النسب هى الأم الرحمية فهى التى ينطبق عليها كل النظريات السابقة, رغم أنى والله أرى لاهذه ولا تلك تستحقان أن تكونا أمين.

٣- إن استئجار الأرحام بكافة صورها حرام يقينا وذلك للأسباب الآتية :

- إن الرحم ليس من المحال التي تجرى العقود عليها أيا كان نوعها وصورتها.
- ملكية الرحم لله باعتباره جزء من جسد الإنسان ولا يجوز تصرف الشخص فيما لا يملك
- تعلق الحمل لحساب الغير بكائن منتظر أراد الشخص وجوده باذن الله بطريقة لا ذنب له فيها

٤- نرى أن عملية تأجير الأرحام خاضعة للنظام العام ويرجع السبب فى إعتقادى هذا إلى أنه :

- يتعرض الأفراد إلى ضياع الأنساب على مر العصور, وسنرجع الى الوراء الى العهد الفرعونى كأن يتزوج الأخ أخته.. ..
- احتمالية وضع نطفة زوجين مسيحيين فى رحم امرأة مسلمة, وستتضاعف المشكلة مرارا عندما تكون المراة المسلمة صاحبة الرحم منفردة أى بدون زوج سينسب المولود أى الأب البيولوجى المسيحى والام المسلمة صاحبة الرحم وهذا محرم فى الشريعة الاسلامية.
- وجدنا أنه علي فرض إباحة تأجير الأرحام فإن احتمالية الوقوع فى اختلاط الأنساب أمرمحقق الوقوع ؛ حيث يكون نسب المولود من جهة الأب لصاحب الفراش إذا أتى هذا الولد علي فراشه ولصاحب النطفة الذكرية إذا لم تكن صاحبة الرحم لها زوج.

٥- نداء إلى من ابتلاهم الله - عز وجل - بعدم القدرة علي الإنجاب هناك عدة بدائل يمكن لهؤلاء الازواج أن يتبعوها وهذا على الترتيب الآتى :

أ - الرضاء بقضاء الله - عز وجل - وقدره, فإذا قدر الله - عزوجل- لرجل أن لا ينجب فهذا قدره ويجب عليه ان يصبر لذلك. والراجح لدينا أن هذا أفضل اقتراح ؛ لأنه - لو علمتم ما فى الغيب لأخترتم الواقع-

ب – للزوج أن يتزوج بزوجة ثانية، بشرط العدول بذلك، فهذا طريق حلال للذرية أفضل من سلوك طريق آخر به شبهة الزنا أو إختلاط للأنساب، ولعل الله - جل شانه - جعل هذا سببا من أسباب تعدد الزوجات.

ج- أو إذا تحقق التقدم التقنى لعملية الاستنساخ في نسخ الأعضاء البشرية بتقنية إستنساخ خلايا العضومن المرأة ذاتها، وعندئذ يمكن للمرأة المصابة في رحمها أن يؤخذ منه خلية يتم تنميتها بوسيلة إستنساخ الأعضاء، كي تصبح خلية الرحم رحماً كاملاً يزرع فيها فلا يرفضة جسمها لأن أصل خلاياه منها وفي حالة تحقق ذلك فإنه يحظر نقل الرحم، ولو كانت تقنيات نقله قد تقدمت بخطوات واسعة عن تقنية نسخ الأعضاء البشرية ؛ لأن الأولى إجراء محاولة النسخ من خلايا رحمها بدلا من غرس رحم غيرها فيها.

د- فى تقديرى المتواضع وبعد الدراسة وإبداء رأى علماء الطب من عدم انتقال أى مورثات عبر الرحم، نؤيد التبرع برحم سيدة مشرفة على الوفاة بعد إجازتها فى صورة وصية أو موافقة ورثتها إلى سيدة تحتاج الى رحم سليم لكى تنجب او لا يوجد مانع من أن تتبرع سيدة تعدى عمرها الستين عاما الى سيدة لايوجد عندها مشكلة فى الإنجاب، ولكن الذى يحيل دون ذلك هو الرحم شريطة صغر السن.

٦- فى حالة الإخصاب الصناعى التى أجزتها فى بحثنا وهى بين الزوجين، ننصح بعدم إطالة فترة التجميد التى يتم فيها التخصيب معمليا لمدد طويلة ؛ لأن ذلك سيؤدي إلى تجزئة مدة الحمل علي فترات متباعدة بمعنى سيتولد خلاف حول إبتداء مدة الحمل هل من لحظة التخصيب المعملى أم من لحظة وضع النطف فى الرحم؟

٧- "قبول الطبيب أو المركز القائم على عملية تأجير الرحم وإذنه في مباشرة الفعل الماس بالجسد أو ما دونها لا يعفيه من مسؤلية الضمان، إلا إذا كان لغرض العلاج وكان المأذون له أهلاً للقيام بهذا الفعل ولم يتعمد إلحاق الضرر بالآذى ويزيد عن كاهل الطبيب الممارس لعملية تأجير الأرحام أنه قائم بعملية غير مشروعة تماما بالقياس على الطبيب القائم بعملية الإجهاض.

٨- ان إجراء تقنية الإخصاب الصناعى بهدف تحديد نوع الجنين حرام شرعا رغم أن هناك من أباحه من الفقهاء لأسباب معينه, إلا أننى أخالفه, فهو حرام مهما كان السبب لأن ذلك سيؤدى الى الوقوع فى الزريعة والفساد, وهذا لأنى أرى أن هذه المسألة خاضعة للنظام العام, ولا يحق لأحد أن يقتصرها كحق له.

٩- لا تلازم بين قضية مشروعية أو عدم مشروعية عملية تأجير الرحم وقضية ثبوت النسب فقد تكون غير مشروعة ورغم ذلك يثبت النسب وهكذا.

١٠- يثبت النسب فى حالة تخصيب بيضة الزوجة بنطفة زوجها المحفوظ في بنوك النطف بعد وفاته, وليس بعد الطلاق شريطة الإلتزام بالمواعيد التى أقرها القانون لاحتساب مدة الحمل منذ ميلاد الطفل حتى يثبت النسب, وذلك لرغبة الزوج المتوفى فى إستمرار رابطة الزوجية, وبالتالى لاحترام النطفة الذكرية شرعا وقت الاستدخال "التخصيب" وإن كان محترما وقت الانزال.

١١- هذه العملية ترتب حتماً إثارة النزاع حول حقيقة الأمومة التي يجب أن ينتسب إليها, وحتى لو رجحت كفة أحدى المرأتين مع صعوبة ذلك فإن تقارب أدوار المرأتين في تخليق الطفل يجعل من الصعوبة إمكان إنفصال الطفل نفسياً عن الأم صاحبة الكفة المرجوحة, ويبرز ذلك إخفاق وسائل الترجيح القانونية في الفصل بصورة مطلقة للحالة المدنية المتعلقة بنسب الطفل ؛ مما يوجب إبطال عقد الأمومة البديلة نظراً لبطلان محل التزام الحامل بتسليم المولود لأبويه الوارثيين لمخالفة ذلك للنظام العام في القانون المصري, الأمر الذي يجعل محل التزام الحامل غير مشروع فيبطله.

١٢- قضية تأجير الأرحام لا يمكن أبدا أن تكون عقد أجارة صحيحة ؛ لأنه لم تتوفر فيها شروط صحة الإجارة, ومن أهمها أن تكون المؤجر مالكا لمنفعة الإجارة، وهذا الشرط غير متوفرعند صاحبة الرحم المستاجر ؛ لأن هناك فرقا بين ملك المنفعة الذي يبيح لصاحبه أن يملكه للغير، وملك الانتفاع القائم هنا، والذي يكون الانتفاع به قاصرا فقط على مالكه لا يتعداه إلى غيره ولو بإذنه الأمر الذى جعلنا فيما بعد نبدل مسمى إيجار الرحم بإستخدام الرحم محل بحثنا.

١٣- بعد الدراسة والتحليل تبين لنا عدم تطابق أركان جريمة الزنا علي عملية تأجير الأرحام، وذلك لعدم توافر الركن المادي أو صورة الزنا والمتمثلة في الاتصال الجنسي الكامل، ولكن توصف عملية تأجير الرحم غير المشروعة بشبهة الزنا والتى نسميها زنا النطف. بناء على شبهة اختلاط الأنساب.

١٤- في الأحوال التي يثبت فيها النسب في عمليات إيجار الأرحام فإنه يثبت فيها الميراث والحضانه. . . الخ، وذلك لأن الميراث.. .. الخ فرع ثبوت النسب، فإذا ثبت النسب ثبت الميراث وأحكام الوصية الخ، واذا انتفى النسب انتفى الميراث الخ، أما في الصور غير المشروعة والتي لا يثبت فيها النسب فإنها لا يثبت فيها الميراث الخ وان كان الولد يرث أمه وعصباتها وكذلك هي أيضا ترثه.

١٥- بالنسبة لحق النفقة فى عملية الرحم المستاجر نفرق بين مرحلتين زمنيتين،

الأولى: هى قبل الغرس نطفة الأمشاج فى الرحم المستأجر وقبل ميلاد المولود أى المدة التى ينحصر فيها التخصيب والحمل، فتكون نفقة الجنين والأم الحامل على أصحاب النطف البيولوجية، وذلك بموجب العقد المبرم بينهم.

أما بعد ميلاد المولود وإثبات واقعة الولادة التى يثبت بها نسب المولود للأم بالرحم وزوجها إذا كانت ذات زوج، وإن لم يكن للأب البيولوجى صاحبة الرحم فتكون النفقة المولود على الام الرحمية وزوجها لأن للزوجة علي زوجها حق النفقة، وكذلك للولد حق النفقة علي أبيه، وتكون النفقة على الأب البيولوجى إذا كانت الأم الرحمية منفردة.

١٦ - الطفل الذي ينتج من جراء هذا العقد الخطير يجب الإحاطة به وعنايته ورعايته ومحاولة دفع الضررعنه قدر الإمكان وإنتسابه إلى أب، طالما أمكن ذلك بما لا يتعارض مع قواعد التشريع كما بينت ذلك في آخر الرسالة.

١٧- ومن ضمن الأسس التى أرستها الشريعة الإسلامية كحل أساسى ورئيسي يمكن لنا أن نرجع إليه لمواجهة واقعة مثل عملية الإنجاب بتأجير رحم الغير نظام تعدد الزوجات، فقد جعلته الشريعة الإسلامية من منطلق الصالح العام للمجتمع، لذلك شرعت للرجل الزواج بعدة نساء بشرط تحديد العدد والعدل بينهن فليس من الصواب حظرأو منع الزوج بالتعدد فى حالة عدم

إمكانية حمل زوجته بسبب العقم أو باى سبب ولجوئهم إلى تأجيرالأرحام فالزواج بأخرى أو التعدد في بعض الأحوال يمثل تحقيق المصلحة.

لذلك نرى من خلال رؤيتنا عن الموضوع أن الشرائع التى لا تبيح نظام تعدد الزواج. وتقر بوحدة الزوجة ترتفع فيها نسب الفساد أكثر من التى تبيحه مما يؤدى إلى إنتشار الرذائل, ناهيك عن مساوئ المخادنة والمعاشرة بدون زواج لا تزال تعرض الحياة الزوجية للخطر(١).

وأردنا من هذا العرض السابق وضع ناقوس الخطر أمام أعيننا بالإضافة إلى وضع حد من الأنشطة بعالمنا الإسلامي.

وأخيرا لن يكون هناك حل إلا إذا طبقنا مبادىء الشريعة الإسلامية مع مراعاة المصلحة العامة وظروف المجتمع وإيجاد توازن بين الرجال والنساء إحصائيا.

من اللازم وضع ضوابط شرعية تمنع تسرب الفساد, وذلك بتعدد الزوجات للرجل الواحد وهذه شرعة الحكيم العليم.

ويجدر الإشارة هنا فى أنه قد يعتقد البعض أن هذه العملية قد تجلب مصلحة أومنفعة لصاحبة، وهي إنجاب الولد الذي يتمناه، لكن الشارع لم يعتد بهذا من المصالح بل نص علي إلغائها, وهذا تماشيا مع قول الله تعالى: "يهب من يشاء أناثا.. .." لذلك يجب أن تواجه الشريعة الإسلامية تلك النازلة المستحدثة بالطرق العقلانية ويفضل أن تكون هذه الطرق مقترنة بالوازع الديني, كذلك العمل على وضع حد للأنشطة الخبيثة التى تترتب على إنتشار مثل هذه المستجدات, وأن يتم حظر ممارستها في المستشفيات التى تتم من خلالها هذه العمليات.

---

(١) هناك خطبة أحد رجال الحكومة الفرنساوية ذكر فيها أن عدد الأولاد اللقطاء المجموعين في الملاجئ بلغ حداً عظيمة أرهق ميزانية الملاجئ وما ذلك إلا نتيجة عدم التعدد. ولا تزال مشاكل عدم التعدد تعصف ببعض المجتمعات وتتطلب حلولا عاجلة تحقق المصلحة ولاسيما المقارنات والمقابلات ص ٢٣٦ – ٢٣٩.
الاسرة والمجتمع ص ٦٦ – ٧٢.
دائرة معارف وجدي جزء ٤ ص ٦٩١ – ٦٩٣

كما ينبغى على أهل التخصص من فقهاء الشرع والطب من واقع وظائفهم ومناصبهم أن يستغلوا طبيعة عملهم وتعاملهم مع الناس لتوعيتهم وتحذيرهم بشأن هذه المستجدات والقضايا ، أما إذا وجدوا أن مثل هذه القضية "عملية تأجير الأرحام " يمكن أن تحصل في المجتمع الإسلامي بظروف معينة, حيث لا يترتب على حدوثها عواقب وخيمة أو آثار سلبية معتمدين بذلك على أدلة شرعية ، فلا بأس في أن يشاركوا في تطبيق مثل هذه القضايا.

التوصيات

١ - أجتزي أن أوصى بضرورة التماشي مع إستراتيجية التقدميات الطبية الحديثة وألا نقف موقف الجمود منها, لأن هذه ضريبة التطور, وذلك لن يتحقق إلا بإصدار قانون تكنولوجى خاص بتكنولوجيا الإنسان منفردا, وغير مقترن بمادة من مواد القانون, وهذا الاستقلال نظرا لأهميته, وعلى المشرع المواكبة بين الحديث والقديم وألا يقف حجر عثرة, وأن يقوم بعمل موازنة بين ما هو مستحدث في خدمة المجتمع وما هو ضار وغير نافع لها, ثم يختار بين المبادئ المتنافرة من خلال ترجيحه لقيمة معينة علي أخرى وفقاً لقواعد المنظومة العامة في سبيل تطوره, كي لا يحدث خلل في النظم الاجتماعية بتبني مبادئ تصطدم مع مبادئ المجتمع الكلية والمستقرة, ولن يكون لهذه الأفكارأية قيمة إلا إذا وضعت في النظام القانوني العام وكانت ملزمة ويترتب علي مخالفتها المسئولية الكاملة.

ومن هنا يقتضى على المشرع وضع حد للأنشطة الخبيثة التي تقوم بها بعض المراكز, وللأسف الشديد ليست في العالم الغربي فحسب بل توغلت إلى عالمنا الإسلامي كذلك ، وهذا يكون بالنظر من جديد في هذه النصوص لتضفى علي العلاقة الزوجية وعلي الرابطة الأسرية الحماية القانونية, حيث أدى انتشار عمليات تأجير الأرحام إلى ظهور الشيوع الجنسي بتشجيع أفعال الشذوذ الجنسي, سوء الممارسة الجنسية والتي تتم رضائياً بين البالغين ذكوراً كانوا أو إناثاً, والمخاذنة أو اتخاذ خليلة وهي العلاقة غير المشروعة والتي لها صفة الإستمرار بين رجل وامرأة لا تربطهما رابطة الزواج الشرعي, وتتميز بالإضافة إلى عنصر الاستمرار بقيام الرجل – في العادة – بالإنفاق علي خليلته.

٢- ضرورة النظر الى آراء الباحثين المعاصرين على أنها ليست أقل قيمة من آراء الفقهاء السابقين, لا سيما فى المسائل المستحدثه كالانجاب الصناعى والاستنساخ والهندسة الوراثية, إلى غير ذلك من الأمور التى يعتبر رأى الفقهيه المعاصر فيها أكثر دقه ؛ لأنه ينظر فيها نظرة مباشرة ويفهم ظروفها, ويستطيع ان يكون أكثر دقة فى تقديره لحكمها الشرعى شريطة أن تخصص مدارس لتعليم الباحثين كيفية الاجتهاد والاستنباط والقياس من الأصول الفقهية, وكذلك القواعد القانونية, على ان تكون الشهادة التى يحصل عليها الباحثة بهذا العلم أساسية لقبول بحثه.

٣- نوصى بعمل سجلات شاملة بمراكز الإنجاب الصناعي تدون بها كافة البيانات المتعلقة بكل عملية تأجير رحم التى أجريت بذلك المركز مثل : أسماء الزوجان البيولوجيين، وصاحبة الرحم المستاجر وزوجها والأطباء القائمون بالعملية، وبيان أسباب اللجوء إلى تلك العملية مع تحرير كافة البيانات المتعلقة بتواريخ بدء العملية منذ التخصيب مرورا بغرس نطفة الامشاج الزوجين البيولوجيين داخل الرحم المستاجر وإنتهائها بالولادة, وغير ذلك من البيانات المساعدة علي كفالة الرقابة المحكمة علي هذه الوسائل الاستثنائية ذات الآثار الخطرة ويلى الولادة ينبغى نقل هذه السجلات الى مكتب تسجيل المواليد وتسجل شهادة ميلاد المولود المتضمن بها اسم الام البيولوجية واسم الأم الرحمية وكذلك الاب البيولوجى والاب بالفراش (زوج صاحبة الرحم وهذا منعا مستقبلا من إختلاط الانساب كان يتزوج الاخ اخته).

٤- يحسب للمشرع المصرى لصدوره قانون نقل الاعضاء ولكننا نوصيه بوضع تقنين مفصل ينظم مجال الإنجاب الصناعي خاصة, والجنين بوجه عام ؛ وذلك بعد أخذ تقرير مفصل من لجنه طبية عالمية يفيد بتحديد أى من الأعضاء التناسلية أو المنتجات التناسلية ناقل للوراثة وأيهما غير ناقل, على أن تتحمل هذه اللجنه نتائج هذا البحث وعلى أساسها يتم إصدارقانون نقل الرحم بدل من ترك الموضع لتقديرالأفراد لإنه لاحظنا من خلال بحثنا أن هناك طبيب يرى أن الرحم ينقل المورثات من خلال الدم وهناك رأى معارض لذلك فلو ترك الموضوع تقديرى كما فهم من نص المادة الثانية من القانون الجديد لزرع ونقل

الاعضاء رقم "٥" لسنة ٢٠١٠ ينقل الرحم إذا لم يحدث إختلاط أنساب سيفسركل فرد العملية حسب أهواءه ومصلحته لذلك نوصى المشرع بإصدار تشريع خاص بأن يفرد للأعضاء التناسلية باب خاص ينبثق من قانون نقل أو التبرع بالأعضاء. كما نوصي المشرع بوضع تصنيف شامل وصريح بشان التفرقة بين أعضاء التناسل على مصاف باقى أعضاء الجسد الأخرى ؛ حتى لا ندع الفرصة على لضعاف النفوس للعبث من خلال نصوص القانون الخاصة بنقل الأعضاء.

حيث أن الأعضاء التناسلية تنفرد بطبيعة خاصة وقدسية سامية وهى ليست للعلاج كى تستمر حياة البشر فحسب بل إنتاج البشر نفسه بإرادة الله عز وجل فينبغى بما لها من هذه المكانه إفرادها فى باب خاص وهذا يكون من منطلق أن المشرع حرم التبرع بالاعضاء الغير مزدوجة والغير ناقلة للشفرات الوراثية ومع ذلك نوصى بالتبرع بالرحم رغم انه عضو منفرد ولكن حسب ما توصل الينا من راى العلم انه غير ناقل للشفرات الوراثية بالاضافة الى انه سيغذيه دم المتبرع اليه العضو وفى اعتقادى سيكون هذا حل بديل افضل من الحمل بالرحم البديل

٥- لابد من إنشاء جهة مركزية تابعة لوزارة الصحة تحت اشراف النظام العسكرى ونخص بالذكر النظام العسكرى وليست النظام الحكومى لان هذا الموضوع خاص بالنظام العام، ويرجع الى انتاج بشر فى وطن معين، ولابد من أن يكون نتاج هذا البشر معروف الهوية والنسب، وحتى لا نفتح مجالا للدول المغرضة ببلادنا أن تدس بيننا طرق علاجية فاسدة للنيل منا. على ان تكون هذه الجهة مكونة من عدة لجان متخصصة في القانون والعلوم الفقهية والطبية والاجتماعية، علي أن تكون مهمتها الرقابة الصارمة علي كافة الممارسات الطبية في مجال الإنجاب الطبي المساعد.

٦- نوصى بأن يتعجل المشرع المصري بإصدار القانون المنتظر والخاص بتنظيم الحماية الجنائية التي كفلها القانون المصري حماية لحق الجنين حيث قصر القانون الجنائي المصري فى عدم معاقبته علي الأفعال، والتي يكون من نتيجتها إيقاع الإيذاء البدني بالجنين (تشوه الجنين) دون أن يتجاوز ذلك إلى تحقق فعل الإسقاط المعاقب عليه. بالاضافة الى أن ما جاء فى (المادة ٢٦٤) الذى يعنى بعدم

معاقبة القانون المصري علي الشروع في الإجهاض, وحتى يتجنب الواقع العملي الكثير من المشكلات القانونية والشرعية, لابد أن يقرن بهذا القانون تعديلا (للمادة رقم ٢٦٤)عقوبات التى تنص على : "لا عقاب علي الشروع في الإسقاط".ونوصى ان يضاف الى المادة سابقة الذكر عقوبة الأشغال الشاقة لمدة لا تقل عن خمس سنوات إذا وقع الفعل المنصوص عليه فى (المادة ٢٦٤ من القانون المدنى المصرى)على أن يكون فعل الاسقاط بقصد أي بعمد, بصرف النظر عن مشروعية العلاقة اى لا فرق بين الجنين الموجود داخل رحم الأم الرحمية, أو داخل رحم الام الجينية, فكلاهما تتوفر فيهما عناصر المسؤلية, وهذا للأسباب التى ذكرناها فى بحثناعن وضع الجنين.

٧- ضرورة المسارعة إلى إيجاد تنظيم قانوني خاص يتضمن الردع والعقاب أمام من تستهويهم التجربة وروح المغامرة والبحث عن الجديد ؛ طمعاً في الشهرة أو استغلال رغبة ذوى الهوى في استنزافهم مادياً ولو علي حساب القيم والمبادئ الشرعية والقانونية والآداب الطبية.

٨- كما أننا نقترح أنه حتى في حالة إصدار قانون خاص ينظم طرق الانجاب الصناعي, فلابد من إفراد طرق خاصة للمراقبة والحد من تزايد هذه العمليات وفى اعتقادى هذا لن يكون إلا باتباع الوسائل الآتية :

أ - تضييق أماكن إجراء عمليات الانجاب الصناعى سواء أكانت فى مستشفيات الدولة ، اوالعيادات الخاصة ، و ذلك تيسيرا على الحد والحصر لتلك العمليات

ب - كما أن الوضعية المتدهورة التي تعيشها معظم مستشفيات الوطن نعتقد أنها مساهمة بشكل كبير فى زيادة عملية الإنجاب الصناعى غير المشروعة حيث ترك العنان لكل من يرغب فى بناء مستشفى دون الحصول على ترخيص, وحتى لو استخرجه فأين الرقابة والإشراف على هذه المستشفيات؟ وهناك بعض الحالات الحديثة التى حولت جاهدة رصدها فى بحثنا المتواضع وهى تقريبا من أحدث المشكلات التى حدثت فى مستشفيات كما يقولون عمليات الإنجاب تحت السلم التى كانت تجريها النساء من خلال الأطباء غير الشرفاء, وعقب هذه العملية يتم بيع المولود مقابل المبلغ الذى يتقاسمه الطبيب والوالدة.

ج - ضرورة وجود إحصائيات شاملة وكاملة ؛ للتدليل على حالات الإنجاب الصناعى غير المشروعة ؛ لأن وجود مثل هذه الإحصائيات ضرورى ؛ لما لها من قيمة فاعلة خاصة في مجال حصرو دراسة هذه الظاهرة. للحد من تزايدها, كما أن هذه المهمة موكلة للوزارة الصحة ؛ ومن خلالها يمكن إيجاد بعض الحلول, وبهذا نكون في طريق تحقيق الحماية لجسم الإنسان من جهة مصلحة الأطباء من جهة أخرى.

٩ - وأخيرا نحث النساء اللاتى تود ن تقبل على استئجار رحمهن لحساب الغيرعلى مزيد من الوعي, خاصة في ظل انعدام الوعي الطبي وعدم وجود ثقافة قانونية طبية لديهن. وهنا ندعو إلى ضرورة تدريس مادة القانون الطبي على مستوى المعاهد الجامعية ؛ ليعرف كل إنسان ما له وما عليه.

١٠ - نوصى المشرع المصرى بتعديل قواعد النسب في القانون المصري ؛ كي تستطيع استيعاب المشكلات التي أثارتها تلك التقنية الحديثة في مجال ثبوت الأنساب, ويتحقق ذلك بالنص الصريح من جانب المشرع في ضوء الاستهداء بقواعد الفقه الإسلامي المتعلقة بأحكام النسب عموماً.

وأخيرا نرى أنه لابد من الاستفادة من مواطن القوة والضعف من خلال عرضنا السابق للتنظيمات القانونية فى القوانين المقارنة للدول التى تم فيها مثل هذه العمليات, وذلك عندما يقرر المشرع المصري وضع قانون يجرم هذه العمليات باعتبار أن القانون هو الممثل للإرادة الأفراد, وهذا يقتضى أن يتحدد بوضوح الحقوق التى ينظمها والواجبات التى يفرضها, فدقة وضع تشريع قانوني مجرد يوضح ويسهل الرجوع اليه هو الذى يميز مجتمع عن مجتمع آخر، لأنه بغير قانون يرشد على الأفراد كيفية التعامل مع المستجدات العلمية الحديثة لن تكون هناك وسيلة للاستقرارالاجتماعي وسوف يرمى بنا الحال إلى العصور الطبقية وسيطرة رأس مال الغنى على الفقير؛ وذلك لأننا نرى أن السبب المباشر للجوء السيدات المؤجرات لأرحامهن هو الفقر.

١١ - ينبغى على المشرع القانونى الإسراع فى وضع نص تشريعى, يتصف بوحدة المنهج, قادرعلى مواجهة النوازل الطبية المستحدثة حتى لا يتفشى الانحلال فى المجتمع ونصبح مثل الدول التى تدعى حرية الفكر وما هى إلا حرية

الحلال ليس على الصعيد العربى الإسلامي بل وعلى الصعيد العالمى. ولن يتحقق هذا إلا إذا اتبع الحل الشامل المتكامل وهو الأخذ بمبادىء الشريعة الإسلامية وتوعية الناس بدينهم. وذلك من خلال وسائل الإعلام والثقافة القانونية والتكامل الاجتماعي . والتمتع بمناخ الحرية فى ظل تطبيق الأنظمة الإسلامية في التشريع والقضاء.

- ينبغى على فقهاء الشريعة الإسلامية وضع الأصول والضوابط للحكم على كل ما يأتي به العلم من اكتشافات مستحدثة. واضافة نازلة عملية تأجير الأرحام باعتبارها من النوازل الطبية المستحدثة في باب الحلال والحرام. فيقرون الحلال وينكرون على الحرام تواجده ، حتى يكون المسلمون على بصيرة مما يحاك بهم ويضمر لهم دينهم[1].

١٢ - نحن لا نرى وجاهة ولا مبررا فى أن نتخذ موقفا سلبيا. أوأن نتقوقع فى أماكنا خوفا علي مبادئنا وعقائدنا أو هويتنا إلا إذا كنا مسلوبي الأرادة ومستسلمين للوقائع والنوازل التى تسقط على رؤسنا من الغرب وكانها سيول لا ترى شيئا امأمها لذا فإن المقام يقتضى بنا أن نشارك فى الحضارة العالمية لخلق لغة حوار وذلك للمناقشة وليس للمنافسة.

- يجب ألا تتاثر نصوص القانون من الفقه الغربى. ولذا يجب تجنب وقوع القانون أو تطبيقه تحت تأثير بعض الأفكار ذات الطبيعة الغربية مثل الإرادة الحرة. وعدم الأخذ فى الاعتبار بالأخلاق. فمن الضروري أن تكون العدالة مطابقة للشعور الاجتماعي الذي يعطي اهتماماً كبيرا بالمسؤولية الأدبية للفرد وللمجتمع.

- فى الوقت الذى يؤخذ فيه على المشرع المصرى عدم وضع نصوص قانونية بشأن جميع التصرفات التى يرد التعامل فيها على جسد الإنسان. ونخص هنا بالذكر قضية تأجير الأرحام موضوع بحثنا مإذا ينتظر وما هو الصعب فى اتخاذ هذا الأجراء على وجه السرعة فى جلسة مستعجلة مثلا كما كان يصدر قانون الطوارىء من قبل. وذلك خوفا من أن يصبح إيجار الأرحام من حالة فردية إلى

---

(١) النسب في الإسلام والأرحام البديلة ، ص ٢٣٦.

ظاهرة اجتماعية تتفشى بين أفراد المجتمع وخاصة أن الذى يلجا إلى هذه العملية أصحاب الطبيقتين المتالف منهما المجتمع الفقيرة المتمثلة فى صاحبة الرحم المستأجر والأغنياء أصحاب النطف البيولوجية.

- كما نوصى المشرع بمراجعة(نص المادة ٤٣ من الدستور المصري)التي منعت إجراء أية تجربة طبية أو علمية علي جسم الإنسان بغير رضائه الحر." نرى من جانبنا أن هذه المادة منحت الفرصة لأصحاب النفوس الضعيفة بوجود ثغرة يمرون من خلالها لتحقيق أغراضهم فى التعامل على الجسد الإنسانى وجعله تحت مظلة الاشياء بأجراء التجارب علية لذلك يؤخذ على المشرع المصرى عند وضعه لهذا النص إطلاق المعنى على العنان دون وضع لجام للحرية المذكورة. فينبغى أن تقيد حرية رضاء الإنسان وعدم تخيره أو مجرد العرض عليه لممارسة أي نوع من التجارب ؛ حتى لا يصل بنا الحد إلى ظهور طبقة دنيا ترضى أن تكون حقل تجارب. وخاصة فى ظل الظروف الاقتصادية التى يعيشها العالم الآن وما ولدته هذه الظروف من بيع أجزاء من البشر ومعذرة منى على هذا اللفظ الصريح الذى يستبدله البعض الآن بلفظ التبرع بالاعضاء كبيع الكلى وللأسف اقرة اخيرا مجلس الشعب مع احترامنا الجليل له

ولا غرابه فى ذلك الأمس بيع اجزاء من البشر واليوم بيع أو تبرع أو إيجار أرحام (أي بيع بشرنفسه) ومإذا عن الغدا؟ واخيرا نامل من المشرع المصرى أن يأخذ فى اعتباره مناط الحظر من هذا النص ويكون على الاقل مثل نظيره المشرع الجزائرى عند وضعه لنص المادة (٧١) من الدستور الجزائري لعام ١٩٧٦ علي ما يلي: (يعاقب القانون علي المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلي كل مساس بالسلامة البدنية أو المعنوية للانسان. تضمن الدولة مساعدة المواطن من أجل الدفاع عن حريته وحصانة ذاته).

- تداول هذه القضية على صفحات الجرائد والمجلات أي اصبحت على موضوع رأى عام عرض وملحق بهذه الرساله المستندات الدالة على ذلك مع الاخذ فى الاعتبار اننا وللأسف نعيش سياسة الأمر الواقع.

فعدم الاهتمام المشرع بهذه القضايا وعدم الاسراع فى البت فيه جعلنا فى موقف حرج. مما أدى إلى اختلاط الأمر على ذوى النفوس الضعيفة بين حرية

الاختيار وبين الأباحية والانحلال. فأي منهج ترغبه سياسة الدولة؟ أنني لا أظن أن اغلب الناس في المجتمع يريدون الإباحية أو الانحلال. ولا اظن أن الدولة تستطيب نتائجه..

فلماذاً إذن تسمح بتداول هذا الموضوع على الملأ فى البرامج الإذاعية والتليفزيونية. نحن نؤمن بحرية الرأى ولكن جعلها تترك من يوافق على مثل هذه القضيه دون رقابة ويقول. رأيه على الهواء أو من خلال مؤتمر أو لقاء أو ما إلى ذلك نرى أن هذا تشجيع على الرزيلة. وخاصة أن هناك من يشاهد هذا كما سبق وأن ذكرنا من أصحاب النفوس الضعيف والمحرمين من الولد وينظرون قليل من الأمل؟ لا وبالاحرى ظهر رأى يقول يجوز تحديد نوع الجنين على الملأ العام.. ..... على أي أساس بنى فضيلته فتواه ومن المكلف الدارك والمنطبقة عليه شروط التحديد أين المنطق واين المصلحة العامة في هذا.. بل أين وحدة المنهج؟

في حين أن بعض هذه البرامج تتخذ من هذه المواضيع مادة إذاعية لجذب المشاهدين وتحقيق ربح أكبر على حساب الحلال والحرام

وأخيرا يتجلى لنا أهمية أن نؤمن بقدر الله ؛ لأن الإيمان بقدر الله يعيد للنفس الطمأنينة. والإيمان بمشيئة الله نوع من الالتزام وليس أمرا مشروطا ويقوم علي المحتومية لا تشترط مقدمات معينة لحدوث النتيجة ؛ لأن النتائج موكولة بمشيئة الله مهما تكن المقدمات وهذا هو ما نعنيه أحياناً بقدر الله.

١٣- أما عن اهم التوصيات والمقترحات التى يمكن أن أتقدم بها لصالح الطفل فى نهاية هذه الرسالة فتتمثل فيما يلى: نوصى المشرع المصرى بتفعيل نصوص الدساتير الخاصة بحقوق الطفل وإضافة تعديل لنص المواد الخاصة بالنسب على أن يشمل هذا التعديل نسب الطفل المولود من الأم الرحمية وكذلك قانون الميراث.. ..

يتحتم على الازواج احترام حق الطفل فى الطريقة التى كان ينبغى أن ياتى بها لو كان بإمكانه أن يخير.

١٤- وبعد نضوج المسالة ووضوح الرؤية تبين لنا أيضاً أن صحة الفكرة بإتباع الأخلاق وكفاءة الإنجاز في منع ممارسة مثل هذه العمليات لا تقاس جدارتهما بمسقط رأسيهما بل بما تجلبه من مصالح ومنافع كما أن الأخذ بمبادئ

الأخلاق المقتبسة من الشريعة الإسلامية ضرورة لتوجيه دعوة عالمية من خلال بحثنا المتواضع للحد من تلك الابتكارات والنوازل الطبية المستحدثة التي ينبغي على من ابتكارها أن يطبقها على الحيوانات وليس البشر؛ لتكون خدمة لهم وليست عليهم, وهذه الدعوة عالمية لا فرق فيها بين عربي أو أجنبي.

١٥- للحد من عمليات تأجير الأرحام والمشاكل القانونية التي تترتب عليها لابد من التعامل معها من خلال نفس القنوات التي تسرب منها هذه الوسائل, هذا يحدث عن طريق أولاً اهتمام المشرع بوضع نصوص قانونية جديدة مرنة, وفى نفس الوقت رادعة على من تسول له نفسه لفعل هذه العملية وعدم الاعتماد على أحكام الشريعة وحدها بل يجب عليه الأخذ في الاعتبار بالسوابق القضائية التي حدث فيها نفس الموضوع به, مع عدم الاعتماد على الوازع الديني فقط بل يجب أن يقترن به الجانب الاجتماعي.

١٦- مخاطبة أصحاب النفوس الضعيفة من السيدات بالتحديد اللاتي اقتنعن من نفس القنوات بصلاحية هذه العملية لإنجاب الولد وعدم انتمائه لصاحبة الرحم المستأجر بأية صلة

ولكي يتحقق كل ذلك لابد من إنشاء مؤسسة جامعة إسلامية عالمية كاتحاد عالمي للمسلمين؛ لكي تكون مرجعية إسلامية للأمة جمعاء ولكي يكون دورها فعالا ينبغي أن تخاطب من خلالها جميع الشرائع شريطة أن يكون أعضاؤها من جميع دول العالم وهذا تسهيل على لغة الحوار المتبادل التي تكاد مع الأسف أن تكون مفقودة في عصرنا الحالي.

وأخيراً أسأل الله العظيم رب العرش العظيم أن يجعل هذا البحث خالصاً لوجهه الكريم, وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم الدين, وأن يريني الحق حقاً ويرزقني إتباعه، ويريني الباطل باطلاً ويرزقني إجتنابه, وأن أكون قد أسهمت – ولو بالجزء اليسير – في إيضاح عملية تأجير الأرحام التى تخللت مجتمعاتنا التى تعد بؤرة للفساد, مع محاولتى للعمل على الحد من ممارستها وبيان التعامل مع آثارها التى خلفتها, فلا أدعى أني بلغت الكمال في هذا العمل أو قاربته, كما لا أدعي أن هذا العمل يخلو من نقص أو عيب, فالكمال لله وحده

والعصمة لأنبيائه ورسله. فإن كان ما بذلته من جهد قد حقق ما كنت اصبو إليه من إتمام عمل جليل في هذا السبيل.

فذلك كله من فضل الله. وهذا فضل الله يؤتيه لمن يشاء والله ذو الفضل العظيم. وإن كان غير ذلك فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه براء. وأرجو من الله — تعالى — أن تكون الأخطاء محدودة والهفوات معدودة وأسأله المغفرة عن الزلات والعفو عن الهفوات.

وأخيراً اللهم أجعلنا من خالص أمة نبيك. واحشرنا في زمرته. واجوعنا علي محبته. ولا تخالف بنا عن ملته. ولا عمن جاء به. برحمتك يا أرحم الراحمين. وصلى اللهم علي سيدنا محمد وعلي آله وصحبه وسلم أجمعين وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المراجــع

أولاً: المراجع باللغة العربية

❖ مراجع الفقه الأسلامى ❖

- د.إسماعيل راجي الفاروقي: أصول الصهيونية في الدين اليهودي معهد الدراسات العربية بالقاهرة ١٩٦٤م.
- د. أنور دبور: إثبات النسب بطريق القيافة في الفقة الاسلامي، نشر دار الثقافة العربية بالقاهرة.
- د. الشحات ابراهيم محمد منصور: التحكم فى جنس المولود فى ميزان الشريعة الإسلامية، دار النهضه العربية، القاهرة (بدون تاريخ نشر).
- الدواليبي محمد معروف: موقف الاسلام من العلم واثر الرسالة الإسلامية في الحضارة الانسانية، بيروت دار الكتاب، ١٩٧٩.
- اللواء/ أحمد عبد الوهاب: مكانة المرأة في الديانة اليهودية والمسيحية والإسلامية – المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بالقاهرة مطابع الأهرام ١٩٩٨.
- السعدي عبد الملك: العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة الإسلامية. القسم الأول، جدة: دار البيان - العربي، ١٩٨٥.
- د. حسان حتحوت: حرمة الجنين فى كافة اطوارة، بحث بعنون (الاجهاد بين الدين والطب) بدون تاريخ نشر.
- د. حسين عبد الكريم السعدنى: التناسل الصناعى الحيوانى – بغداد – ١٩٨٧بدون دار نشر.
- د. رمضان على السيد الشرنباصى: النظريات العامة فى الفقه الاسلامى – جامعة الاسكندرية كلية الحقوق – ٢٠٠٦ م.
- د. زياد احمد سلامة: اطفال الأنابيب بين العلم والدين، الطبعة الأولى دار البيان، عمأن. سنة١٩٩٦م.
- د. سمير غويبة: المتاجرة بالأمومة والأعضاء البشرية، مكتبة مدبولى الصغير، ط١ ١٩٩٩م ستار برس للطباعة والنشر، الهرم القاهرة.
- د. سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، الطبعة الثانية، دار المعارف، ١٩٨٣.
- د. شوقى زكريا الصالحى: الإنجاب الصناعى بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية سنة ٢٠٠١ م

- د. عمر سليمان الأشقر: إثبات النسب بالبصمة الوراثية بحث مقدم الى ندوة الوراثة والهندثة الوراثية بالكويت سنة ١٩٩٨م.
- د. عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية, دار عمر إبن الخطاب.
- د.عطا السنباطى: بنوك النطف والاجنة- ١٤٢١ – ٢٠٠١م دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع
- د.عبد العزيز الخياط: حكم العقم فى الاسلام, وزارة الاوقاف الاردنية, عمان ١٩٨١م.
- د. عبد السلام عبد الرحيم السكري: التلقيح الأصطناعي بين الحل والحرمة، مطبعة حمادة الحديثة ١٩٩٥ م.
- د. عقيل بن احمد العقيلى: حكم نقل الاعضاء, مكتبة الصحابة بجدة سنة ١٩٩٢ م.
- عبد الغني، اسامة: موسوعة الطفل من الحمل حتى البلوغ، مصر: المصرية (د.ت).
- د/ كامل زكى حميد: الاستنساخ قنبلة بيلوجية – سلسلة العلوم التكنولوجية —— مراجعة د/ احمد مستجير ٢٠٠٧ تنفيذ الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- د محمد كمال إمام, مقدمة لدراسة الفقه الاسلامى , دار المطبوعات الجامعية, ٢٠١١م
- د. محمد رافت عثمان: حكم الاجهاض, اللواء الإسلامى ٢٢ من جماد الاولى ١٤٢٠هـ ٢سبتمبر ١٩٩٩ العدد ٩١٩.
- د. محمد محمد محمود احمد البرام: حق الله وحق العبد فى الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة بالقانون الوضعى
- د.محمد نعيم ياسين: حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات, ابحاث فقهية فى قضايا معاصرة دار النفائس,الاردن ط اولى ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م، ندوة بداية الحياة الانسانية ونهايتها فى المفهوم الاسلامى, المنعقدة فى الكويت، سنة١٩٨٥ طبعة ١٩٩١م
- د. محمد سعيد رمضان البوطي: قضايا فقهية معاصرة – القسم الأول – مكتبة الفارابي دمشق – الطبعة الخامسة ١٩٩٤م
- الشيخ مصطفى الزرقاء: التلقيح الصناعى واطفال الانابيب والراى الشرعى فيهما المجمع الفقهى بمكة المكرمة الدورة الثالثة ١٩٨٠

- د. نجاح عثمان ابو العنين: تأجير الأرحام فى الفقه الاسلامى, الطبعة الأولى, دار الوفاء, ٢٠٠٢ م
- د.هاشم جميل عبد الله: زراعة الاجنة فى ضوء الشريعة الاسلامية, مجلة الرسالة الاسلامية القسم الثانى ٢٢٩يوليوا - ١٩٨٩م، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة, الإنجاب فى ضوء الإسلام " المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية الكويت ١٩٨٣م".
- الشيخ يوسف القرضاوي: فتاوى معاصرة للمرأة والأسرة. عمان: دار الضياء، ١٩٨٨الحلال والحرام فى الاسلام, المكتب الاسلامى, بيروت لبنان, ١٩م ١٥.

❖ المراجع القانونية ❖

- د. أحمد محمود سعد: تغيير الجنس بين الحظر والأباحة. — الطبعة الأولى — دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٣- القسم الخاص.
- د. أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسد، طبعة ١٩٨٢ ، مطبعة دار الحضارة العربية — الفجالة/ الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الناشر المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت عام ١٩٨٣.
- د. أحمد زكي عويس: مسئولية الأطباء المدنية والجنائية ، فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى, مطبعة الامانه, الناشر مطبعة جامعة طنطا ١٩٩٠م
- د.أحمد نصر الجندي: النسب في الاسلام والأرحام البديلة، القاهرة: دار الكتب القانونية ، ٢٠٠٣
- مبادىء القضاء فى الاحوال الشخصية, الطبعة الثالثة, ١٩٨٦, نادى القضاة
- اللواء الخبير ابو بكر عبد اللطيف عزمى: الجرائم الجنسية واثباتتها مع مبادىء اصول علم الأدلة الجنائية فى مجال اثباتها دار المريخ للنشر بالسعودية
- د. اسامة عبد الله فايد: المسئولية الجنائية للاطباء —دراسة مقارنة,.دار النهضة العربية ط ثانية ١٩٩٠رسالة دكتوراة ١٩٨٣— حقوق القاهرة.
- د أسامة أبو الحسن مجاهد . تعويض الطفل عن ميلاده معاقا . دار النهضة العربية ٢٠٠٢ م
- د. حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد دارالنهضة العربية ١٩٨٧م

- د. حسام الدين الاهواني: المشاكل القانونية إلى تثيرها عمليا زرع الاعضاء البشرية — مطبعة جامعة عين شمس — ١٩٧٥- الحق فى احترام الحياة الخاصة, دارالنهضة العربية
- د. حسن زكي الأبراشي: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية — ١٩٥١ القاهرة
- د. رضا عبد الحليم عبد المجيد: النظام القانوني للانجاب الصناعي — نشر النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٦م, الحماية القانونية للجين البشرى" الاستنساخ وتداعياته, الناشر دار النهضةالعربية — ١٩٩٨م
- د. رافت محمد حماد: أحكام الجراحة الطبية الحديثة, دار النهضة العربية ١٩٩٦م
- د. سهير منتصر: - المسئولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء دار النهضة العربية ١٩٩٠ م القاهرة - الحقوق والمراكز القانونية - مكتبة النصربالزقازيق ٢٠٠٥م - التلقيح الصناعى حال حياة الزوجين وبعد وفاة الزوج مكتبة النصر بالقازيق ١٩٩١م
- د. سليمان مرقص: المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية, رقم (١٠٣) القاهرة١٩٧١, عقد البيع ١٩٩٠م طبعة نادي القضاة
- د. شعلآن سليمان محمد: نطاق الحماية الجنائية للاعمال الفنية الحديثة الطبية فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ٢٠٠٢ م/ ١٤٢٢- دار نشر الميثاق مراجع متخصصة
- د. شوقي زكريا الصالحي: الانجاب الصناعى بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية — دراسة مقارنة — ٢٠٠١م - بدون دار نشر مراجع متخصص
- د. عبد الحميد عثمان الحفنى أحكام الأم البديلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤١٦ ،
- د. عبد الرازق السنهوري : مصادر الحق فى الفقه الاسلامى: دراسة مقارنه بالفقه الغربى الحديث, دار النهضة العربية - الوسيط فى شرح القانون المدنى ج١ مصادر الالتزام, دار النهضة العربية ١٩٦٤ م - الوسيط الجزء السابع والسادس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان (بدون تاريخ طبع).
- د.عبد الرشيد مامون عقد العلاج الطبى بين النظرية والتطبيق — دار النهضة العربية — ١٩٨٦

- د. عبد الله مبروك النجار: الحسبة ودور الفرد فيها فيها فى ظل التطبيقات القانونية المعاصرة طبعة الازهرومبادىء فكرة الحق ١٩٩٤ م طبعة أولى الضرر الادبي
- د. عبد الحميد اسماعيل الانصارى: وابط نقل الاعضاء البشرية فى الشريعة والتشريعات العربية دراسة مقارنة دار الفكراعربى الطبعة الاولى – ٢٠٠٠.
- د.عبد السلام التونجي: المسئولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي ١٩٦٦ / موانع المسئولية الجنائية, معهد البحوث للدراسات العربية١٩٧١
- د. فاروق عبد الرءوف عبد العزيز- الحماية الجنائية لسلامة الجسم فى القانون الوضعى والشريعة الإسلامية.
- د. محمد حسين منصور: المسئولية الطبية– دار الجامعة الجديدة للنشر - احكام الاسرة المطبقة على المسيحين المصريين - سنة ١٩٩٩ - دار المطبوعات الجامعية- كلية الحقوق جامعة الاسكندرية
- د. محمد المرسى زهرة: الإنجاب الصناعي – احكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنه, ٢٠٠٨ م , دار النهضة العربية
- د. مجدى حسن خليل: الحماية القانونية لأتعاب الطبيب الحر – دار النهضة العربية ٢٠٠٠م
- د. محمد السيد عمران: الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود – ١٩٨٠
- د. محمد الوهاب الخولى: المسئولية الجنائية لاطباء عن استخدام الاساليب المستحدثة فى الطب والجراحة دراسة مقارنة- الانجاب الصناعى - طفل الانابيب – نقل الاعضاء الطبعة الاولي – ١٩٩٧م.
- د. محمد لبيب شنب: أحكام المقاولة عموماً: عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩ أحكام عقد البيع القاهرة دار النهضة العربية ١٩٨٦م، ، دروس في نظرية الإلتزام ، الناشر دارالنهضة العربية بالقاهرة، طبعة ١٩٧٦ / ١٩٧٧.
- د. محمود نجيب حسني:
  - أسباب الأباحة فى التشريعات العربية القاهرة ١٩٦٢ - ق عام
  - الحق فى سلامة الجسم ومدى الحماية التى يكفلها له قانون العقوبات – مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث – ١٩٥٩ شرح قانون العقوبات – القسم الخاص

- د. محمد فائق الجوهري: المسئولية الطبية في قانون العقوبات ١٩٥٢
- د. محمود عبد العزيز الزيني: - مسئولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العزري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٩١م
- د. محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي، الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل، دار ابراهيم للطباعة ١٩٨٧ م.
- د.محمد رافت عثمان: قضايا فقهية معاصرة، استئجار الأرحام - احكام الام البديلة(١٠/١) بدون دار نشر
- د. محسن عبد الحميد البيه: مشكلة نقل وزراعة الأعضاء البشرية، خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية مكتبة الجلاء الجديدة
- د. محمد بن محمد المختار الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها – مكتبة الصحابة بجدة – الطبعة الثانية ١٤١٥هـ ١٩٩٤ م/
- د. محمد عبد الظاهر حسين: صور ممارسة المهن الحرة وأثرها علي مسئولية المهني . دار النهضة العربية ١٩٩٧م
- د. محمد علي البار: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، موقف الاسلام من علاج العقم- طفل الانبوب والانجاب الصناعي – اخلاقيات الانجاب الصناعي قضايا طبية فقهية معاصرة الدار السعودية للطبع والنشر والتوزيع ١٩٩٧م، خلق الأنسان بين الطب والقرآن ط ثالثة سنة ١٩٨١
- د. محمد سامي السيد الشوا: الخطأ الطبي أمام القاضي الجنائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٣م الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم
- د. مصطفى عبد الحميد عدوى: حق المريض في قبول أو رفض العلاج مطبعة حمادة الحديثة ١٩٩٢م
- د. منذر الفضل: المسئولية الطبية في الجراحة التجميلية – الطبعة الثانية ١٩٩٥ – مكتبة دار الثقافة.
- محمد قدرى باشا: المادة ٥٧٧ من مرشد الحيران إلى معرفة احوال الناس طبعة ٣ المطبعة الأميرية بمصر- الشريعة الإسلامية
- د محمد على الباز: اخلاقيات الإنجاب الصناعي – الطبعة الأولى - ١٩٨٧ الدار السعودية للنشر والتوزيع جد ة المملكة السعودية
- د. نزيه محد الصادق المهدى: الإلتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دارالنهضة العربية ١٩٨٢.

❖ المراجع العلمية ❖

- د. احمد فودة: كتاب علم النساء - طبعة دار الوفاء - الطبعة الأولى- ١٩٩٧م.
- د. ايمن ابو الروس: مولودك الجديد ولد ام بنت الطبعة الاولى مكتبة ابن سينا القاهرة ١٩٨٨ م.
- د. إبراهيم سماحة: اساسيات امراض النساء طبعة مركز الكتاب الجامعى بدون تاريخ نشر
- د. جمال أبو السرور: العقم فى العلم الإسلامي الاخصاب الطبى المساعد بين الممارسة والبحث. بحث مقدم الى مؤتمر الضوابط والاخلاق ١٩٩١م
- د. حسن سلام: الجمعية المصرية للطب والقانون – بحوث مقدمة فى ندوة طفل الانابيب - الخميس - ٢ مايو ١٩٨٥ مجلة الطب والناس –العدد السادس –يوليو ١٩٩٠
- د. كارم السيد غنيم: الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، الطبعة الأولى دار الفكر العربى بيروت ١٩٩٨ م
- سيد محمود: النمو الجنينى للانسان – ٨ ش سليمان الحلبى بالقاهرة سنة ١٩٨٩.
- د.عمرو الحسينى: تاخر الانجاب – اسبابه وطرق التغلب عليه – مكتبة النصر – ٢٠٠٤ م
- د.على مبارك: أمراض نسائية غامضة – الكويت – مجلة العربى العدد ٣٧٥ فبراير ١٩٩٠
- علاء الدين على بن ابى الحزم القرشى المعروف بن النفيس تحقيق: أ/ عبد الكريم الغرباوى – مراجعة د/ احمد عمار – د/ رمضان عبد التواب –ط ثانية ١٩٩٧ – وزارة الاوقاف المجلس الاعلى للشئون الاسلامية.
- د. فتحى ستيت: تشريح الحوض والعجان. طبعة دار الوفاء الطبعة الأولى ١٩٨٥ م
- د/ فردريك لوى: أثر تطبيق التوزيع العادل فى بحوث التكاثر البشرى، بحث مقدم فى ندوةا لضوابط والاخلاقيات ١٩٩١
- د. محمد على البار: اخلاقيات التلقيح الصناعى الدار السعودية للنشروالتوزيع جدة ط اولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م طفل الأنبوب
- هاملتون وبويد وموسمان: كتابة علم الاجنة الانسانى- الطبعة الرابعة - بدون تاريخ نشر.

❖ الرسائل العلمية ❖

- د. أحمد حمدي يوسف عفيفي: حقوق الأنسان بين النظم القانونية القديمة والمواثيق الدولية المعاصرة - رسالة دكتوراة عين شمس ١٩٩٧م
- د.إيهاب يسر: المسئولية المدنية والجنائية، للطبيب رسالة دكتوراة. كلية الحقوق جامعة طنطا ١٩٩٤م
- د. انس إبراهيم بشار: - تغيير الجنس واثره فى القانون المدنى والفقه الإسلامي – رسالة دكتوراة ، ٢٠٠٣– جامعة المنصورة كلية الحقوق
- د. السيد رضوان: العلاقة بين الطبيب والمريض واثارها – رسالة دكتوراة بقسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة – ١٩٩٢
- د. أسامة السيد عبد السميع: مدى مشروعية التصرف فى جسم الادمى. دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٨م ماجيستير
- د. احمد عبد الدائم: أعضاء جسم الأنسان ضمن التعامل القانونى – رسالة دكتوراة في الحقوق – جامعة روبر شومان فى ستراسبوغ – منشورات لحلبى الحقوقية – ط ١٩٩٩م
- د. حبيبة سيف سالم: النظام القانونى لحماية جسم الانسان – رسالة دكتوراة – كلية الحقوق – جامعة عين شمس ٢٠٠٥ م
- د. زكى الأبراشى: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية فى التشريع المصرى والقانون المقارن. دار النشر للجامعات المصرية – رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٥٠
- د. سلطان الجمال: معصومية الجسد فى ضوء المفرزات الطبية الحديثة – رسالة ماجيستير ٢٠٠٠
- د. طه عبد المولى ابراهيم: مشكلات تعويض الاضرار الجسدية فى القانون المدنى – رسالة دكتوراة المنصورة ٢٠٠٠ دار الفكر والقانون
- د. طارق عبد الله محمد أبو حوة: الانعكاسات القانونية للانجاب الصناعى – رسالة لنيل الدكتوراة – جامعة المنصورة - ٢٠٠٥
- د. عجمي مصطفي عجمي: مدى مشروعية عمليات زرع الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة القاهرة,١٩٩٥ م
- د. على حسين نجيدة: صور التقدم الطبى وانعكاساتها القانونية فى مجال القانون المدنى – كلية الحقوق جامعة القاهرة١٩٩٠
- د. عبد الراضى محمد هاشم: المسئولية الطبية للاطباء فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى رسالة دكتوراة جامعة القاهرة١٩٩٤م

- د. علاء الدين خميس: المسئولية الطبية عن فعل الغير رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة المنوفية ١٩٩٦ م
- د. عبد النبى عبد السميع عطا الله :
قبول او رفض العلاج واثرة على المسئولة المدنية, دراسة مقارنة - رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٥ م
- د. محمد صبحي نجم: رضاء المجني عليه كسبب للإباحة – رسالة دكتوراة – القاهرة
- د. محمد سعيد خليفة: الحق في سلامة الجسم – دار النهضة العربية ٠. ٩٥/ ١٩٩٦م
- د. محمد عادل عبد الرحمن: المسئولية المدنية للأطباء – رسالة دكتوراة – حقوق الزقازيق – ١٩٨٥
- د. ممدوح محمد خيرى هاشم: الإنجاب الصناعى فى القانون المدنى، دراسة قانونية فقهية مقارنة، رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة الزقازيق، سنة ١٩٩٦ م.
- د. ممدوح المسلمى: الإنجاب الصناعى فى القانون المدنى –دراسة قانونية فقهية مقارنة رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة ازقازيق ١٩٩٦ م

❖ المجلات والصحف❖

- فتاوى على الطنطاوى ص ١٠٦- مجلة الوعى الإسلامي العدد ٢٥٩ رجب ١٤٠٦ – الطبعة الثانية ١٩٨٦م
- حكم محكمة الجمالية بتاريخ ١٥ ابريل ١٩٣١ - مجلة القضاء الشرعي س٤ المحاماة س٣ص١٦٣
- نقل وزرع الأعضاء البشرية - مجلة البحوث القانونية بخصوص، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ١٩٩٦ م
- مجلة العربى –ع ٢٤٢- يناير ١٩٧٩ م ١٩٧٩م - يوسف زعبلاوى - مقال ليست ابنة انبوب اختبار
- " اعداد بيغى مان " مجلة المختار العدد ٨٩ ابريل ١٩٨٦، ص١٩مقالة بعنوان صراخ الاطفال فى بيوت الأزواج المصابين بالعقم
- مقال للدكتور مصطفى محمد الحديدى - منشور مجلة منار الاسلام عدد (١١) ص ٤٨ لسنة ١٩٧٨ م
- مجلة العربى العقم عند النساء . د.أنيس فهمى- بحث منشور، العدد ٢٢٠، يوليو ١٩٨٥ ص ١٨٢.

- مقال من اعداد محمود بيومي ـ مجلة الوعى الاسلامى الهندسة الوراثية ـ ـالعدد ٣٥٩ - رجب سنة ١٤١٦ ديسمبر ١٩٩٥ م ـ محمد رؤوف حامد .
- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – مجلة نصف سنوية – الإنجاب الصناعى بين التحليل والتحريم – بحث منشور محكمة حقوق المنوفية – محمد بن يحيى بن حسين- العدد الحادى عشر – السنة السادسة – ١٩٩٧م
- مجلة العربى الكويت ١٩٩٦م د/هشام سليمان ابو عودة - اختيار جنس الجنين (ولدام بنت)
- مجلة الجيل – الحمل التكنولوجي التمطور –اغسطس ١٩٩٠- العدد ٨
- مجلة روتانا - د/ احمد زويل- الرياض محاضرات علمية –موضوعها غياب الحرية سبب تخلف الامة العربية – العدد ١٣١ /١٦ يناير ٢٠٠٨
- مجلة مجمع الفقه الاسلامى د/ محمد سعيد رمضان البوطى انتفاع الانسان بأعضاء الجسم الانسان اخر حيا او ميتا - العدد الرابع – الجزء الاول ١٩٨٨ - المجمع الفاتيكانى الثانى الكنيسة فى عالم اليوم .
- مجلة الحقوق - د محمد يوسف علوان –حظر التعذيب في القانون الدولي لحقوق الأنسان ١٩٨٧.
- مجلة الحق شريعة وقانون – العدد ٩ الأمارات ٢٠٠٤ - د. ثروت عبد الحميد/ الأجهاض بسبب تشوه الجنين وأمراضه الوراثية مدى مشروعيته ومدى المسئولية عنه فى أحكام الشريعة وقواعد القانون الخاص
- بحث مقدم فى ندوة لواء الإسلام المنعقدة فى ١٣ رجب ١٣٨٤ - ١٧ نوفمبر- ١٩٦٤ م– العدد ١٢ السنة الثامن عشر – غرة شعبان ١٣٨٤ – ٥ديسمبر ١٩٦٤م مجلة لواء اسلام د. على إبراهيم التلقيح الصناعى فى نظر الدين
- مقال للدكتور حمدي بدوي أستاذ أمراض النساء بطب الأزهر. صحيفة الأهرام في ٩ أبريل ٢٠٠١م
- حسان حتحوت- صحيفة الاهرام – ٧ مايو- ٢٠١٠
- صحيفة اخبار اليوم – السبت ١٩ من صفر ١٤٣٠ – ١٤ من فبراير ٢٠٠٩م باب اسال والعلماء يجيبون– استاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة الازهر د/ عبد الفتاح ادريس

- صحيفة النبا الوطنى الصادرة فى ١/ ٤/١/ ٢٠٠١ص٣- بمجلة القانون والاقتصاد بحث منشور للدكتور- الحق فى سلامة الجسم س٢٩ - محمود نجيب حسنى

❖ **قرارات المجامع الفقهية والمؤتمرات والبحوث العلمية** ❖

- تقرير مقدم من كبير الأطباء الشرعيين بمصر. عن المؤتمر الأوربى الأول للتعرف على الجينلت الادمية بمدينة تولوز – فرنسا فى الفترة من٢٩ إلى ٣١ مايوا سنة ١٩٩٦
- ندوة الانجاب فى دول الاسلام الدكتور حسن حتحوت – الدكتور ماهر حتحوت الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة –
- قرارات مجلس المجمع الفقهى الاسلامى فى دورته السابعة منشور ضمن مؤتمر الإنجاب فى ضوء الاسلام.
- ندوة الإنجاب فى ضوء الإسلام- ثبت كامل لاعمال ندوة الإنجاب فى ضوء الإسلام المنعقدة بتاريخ ١١- شعبان ١٤٠٣ هجرى – الموافق ٢٤ مايوا ١٩٨٣م – ط٢ – ١٩٩١م.
- آراء في التلقيح الصناعي, للشيخ علي طنطاوي, والتي أقامتها منظمة الطب الإسلامي بالكويت المنعقدة في ١١ شعبان سنة ١٤٠٣ هـ - ٢٤ مايو سنة ١٩٨٣م طبعة ثانية سنة ١٩٩١.
- م. المنظمة الإسلامية للعلم الطبية – سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي اشراف وتقديم د/ عبد الرحمن العوضى.
- مقال في مجلة الأزهر حقوق المريض في الإسلام : للشيخ إبراهيم عطا الفيومي (الأمين العام لمجمع البحوث الإسلامية)، ربيع الأول ١٤٢٦هـ - ابريل ٢٠٠٥م.
- ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشرى والعلاج الجينى بالكويت من ١ ١٩٨٨/١٠/١٥م البصمة الوراثية " بصمة الدنا " ومدى حجيتها فى اثبات البنوة د/ رزق النجار
- بحث منشور انتفاع الانسان بأعضاء جسم انسان اخر حيا او ميتا, العدد الرابع – ط الاولى ١٩٨٨ م, مجلة مجمع الفقه الاسلامى د/ حسن الشاذلى
- فتاوى إسلامية في قضايا معاصرة – الشيخ/ جاد الحق علي جاد الحق ٤٢٨/٣ ، د. يوسف القرضاوي – من هدى الإسلام فتاوى معاصرة ٥٣٣/٢ ،

- بحث منشور في ندوة الإنجاب في ضوء الاسلام للشيخ / علي طنطاوي أراء التلقيح الاستاذ / حامد عوني – المنهاج الواضح في البلاغة وما بعدها نشر مكتبة الجامعة الازهرية طبعة الرابعة (١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م)
- مجموعة الفتاوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية، الجزء التاسع، الفتوى رقم ٣٢٢٠، وأنظر قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الفتاوى الإسلامية ـمن دار الافتاء المصرية ـ المجلد التاسع
- فتوى مجمع الفقه الإسلامي بجدة – مارس سنة ١٩٩٠م نقلاً عن د/ محمد علي البار – الفشل الكلوي
- أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة – دار النفائس الأردن الطبعة الثالثة ٢٠٠٠م – فتاوى وتوجيهات – دار الصفوة للطباعة الغردقة – الطبعة الثالثة, د/ محمد نعيم ياسين
- بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية بالكويت. فضيلة الشيخ/ محمد المختار السلامى اثبات النسب بالبصمة الوراثية.
- مقال (التلقيح الصناعى من ثمار مسية الطب –) مجلة القافلة السعودية – العدد التاسع – آظار نيثان – ١٩٩١م- د/ محمد على البار.
- بحث شروط الرضاع المحرم المنشور ضمن العدد السابع عشر من حولية كلية الدراسات الإسلامية للبنين بالقاهرة ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩م، فرج علي السيد عنبر
- بحث بمجلة كلية الشريعة والقانون بأ سيوط العدد الثالث عشر – الجزء الأول ١٤٢٢/٢٠٠٠م بعنوان تأجير الأرحام حرام حرام د/ عبد القادر محمد أبو العلا –
- فتوى لادارة الافتاء المصرية سجل ١٠٣ مسلسل ٢١٢ وفقا لما ورد فى د/ احمد شرف الدين " الاحكام الشرعية للاعمال الطبية –احمد إبراهيم – مسئولية الأطباء – مجلة الازهر المجلد ١٩
- المؤتمر الإسلامي الذى عقده المجمع الفقهى الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة فى دورته السابعة سنة ١٤٤٠
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥١٥/١، ٥١٦ طبعة سنة ١٩٨٧ م للدكتور محمد على البار
- المجلة الجنائية القومية – العدد الأول – مارس – ١٩٧١ – المجلد الرابع عشر – د/ رياض الخانى: المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف باعضاء الجسم البشرى –.

- ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الكويت ٢٤ الي ٢٦ مايو، ١٩٨٣. د. محمد نعيم يس.
- القرار الفقهى حول الإنجاب الصناعى الخارجى وبنوك اللقائح والمنى مدلولات اللجنة الفقهبة الطبية حول الإنجاب الصناعى
- الفتاوي البزازية مع الفتالوي الهندية جـ٢ ص ٥٧ ، ٥٨
- في جريدة الدستور الاردنية العدد (١٠٤٦٤) تاريخ ١٩٩٦/١٠/٩ بعنوان (الإخصاب الصناعي.المتجانس). رأي المطران سليم الصايغ مطران طائفة اللاتين بالاردن
- الموسم الثقافي/١٩٩٨- ١٩٩٩م/الكتاب الرابع لجمعية المقاصد الخيرية الإسلامية/المديرية العامة للشؤون والخدمات الإجتماعية/دائرة المساجد والخلايا/ محاضرة طفل الأنبوب.. المطران بشارة الراعي
- محاضرة الحوار الإسلامي المسيحي في مجال الأخلاقيات الطبية التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب بين المواقف الدينية والبحث الانثروبولوجي والأخلاقي/ الأب نادر ميشيل اليسوعي
- ندوة التلقيح الاصطناعي المتجانس وغير المتجانس/ سلسلة "الندوات الإسلامية المسيحية" جامعة القديس يوسف/ معهد الدراسات الإسلامية المسيحية / بيروت/دار المشرق/ط١/.
- مقال الارانب حملت الأبقار – مجلة العربى – د/ عبد المحسن صالح – ع ٢٤٢ يناير ١٩٧٩م
- مقال بنوك الحرام تطور نشأطها – المسلمون – السنة الثالثة – الجمعة ١من ربيع الأول –١٤٠٨ هجرية.
- مقال طبيب ايطالي يزعم نجاحة فى استنساخ البشر – ٦- ٤ – ٢٠٠٢ مز
- مقال بدا محادثات مسودة اتفاقية دولية لحظر الاستنساخ, وكالات, رويترز. ٦ - ٤- ٢٠٠٠م
- دار الافتاء المصرية – مصدرها مركز الأبحاث الشرعية –تاريخ ٢٠٠٧/٨/٢٠ – موضوعها تأجير الأرحام
- بحث منشور بمجلة العربى – عدد ٣٢ يوليو سنة ١٩٨٥ د- أنيس فهمى – العقم عند النساء.
- بحث مقدم الى ندوة الضوابط الاخلاقية فى تطبيق تقنية الاخصاب الطبى المساعد فى علاج العقم بجامعة الازهرسنة ١٩٩٧ أحمد الجابرى – تقرير للدكتور: سيد عزب عن الانجاب الصناعى مقدم فى ندوة الاساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائى بجامعة القاهرة سنة ١٩٩٣..- أحد أساتذة.

- الطب المتخصصين: طفل الانبوب والانجاب الصناعى .
- منشور فى دورية C. F. E. E. S - رقم ٣٥ لسنة رويلين دفيشى الام البديلة النوع الاول والثانى.

ثانياً: المراجع الأجنبية

❖ المراجع باللغة الانجليزية ❖

- Abigail Haworth, Surrogate Mothers: Womb for Rent, Marie Claire, Aug.22, 2007, available at http://www.marieclaire.com/world/articles/womb-rent-india-7
- ABA Model Act Governing Assisted Reproductive Techniques, 42 Fam L.Q. vii, Editor's Note (2008) (stating that over the last twenty years, ARTs have not been consistently regulated by the states.
- ABA Model Act Governing Assisted Reproductive Techniques, 25 Fam. L.Q. s 101, s 102(1), at 175 (2008) [hereinafter ABA Model Act].
- ABA Model Act, Prefatory Note, at 171. The Model Act specifies that it is not the intent of the Act to "conflict with or supersede provisions of the Uniform Parentage Act
- Both the King James version and the New American standard version have Sarah issuing her intent in the first person.
- Butter Worths, Children Act 1975 s.,85 .
- Cusine............... المشاكل القانونية عن الإنجاب الصناعى بواسطة الواهب : D " AID and the law " 1975 ، j Med Ethics 39، WheianD،D " the law and artifical insemination with donor semen " 1978، j Med Austral56. shaman331 wal maf j 18 noitan JM Legal aspects of artificial insemi . ، 1979،
- Catherine Delair, Ethical, Moral, and Legal Barriers to Assisted Reproductive Technologies Employed by Gay

Man and Lesbian Women, 4 DePaul J. Health Care L (2000).

- Charles P. Kindregan Jr. & Steven Snyder, Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology, 42 Fam. L.Q. 203, 220 (2008).
Sourrogate mother information، Center for surrogate parenting inc -http://www.creating families.com/ info. html
- Deidre Hall .com . on line chat . Dec . 10. 1995 . http://www.deidrehall .com/chats/oprah chat .cfm Last visited jon . 23 . 2009).
- Debra J. Baselton & Maxine Weiss Kunz, Non-Traditional Families and Alternative Family Building: Securing Parental Rights for Intended Parents, 20 DCBA Brief 30, 30(2007).
- Darra L. Hofman, 'Mama's Baby, Daddy's Maybe:' A State-By-State Survey Of Surrogacy Laws And Their Disparate Gender Impact, 35 Wm. Mitchell L. Rev. 449 (2009), for the fullest and most recent discussion of surrogacy on a state by state basis.
- Daniel Goldman, Studies Find No Disadvantage in Growing Up in a Gay Home, N.Y. Times, Dec. 2, 1992, at C14).Doctors, patients and the law, Clare Dyer, 96 -
- Elly Teman,"knowing"the surrogate Body in Israel, in surrogate Motherhood: international perspectives, (Rachel Cook et al.eds., 2003) ciba clinical symposia 28 (5) 1976 :the infertile couple ،- Evaluation and treatment.
- Fleming, Mason and McCall Smith, op.cit., 230., Skegg, op.cit, 103., Lewis,
- Gagandeep Kaur, Oustourcing a Womb, The Hindu Business Line, Apr. 6, 2007, at Life-4, available at http://

www.blonnet.com/life/2007/04/06/stories/2007040600190400.htm (Last Visited Mar. 31, 2009).
- Gilles Cuniberti, Flying to California to Bypass the French Ban on Surrogacy, Conflict of Laws.net, Nov. 5, 2007,http://www.conflictoflaws.net/2007/ jurisdiction/flying-to-california-to-bypass-the-french-ban-on-surrogacy
- Generally keving Tuininga, The Ethics of surrogacy Contracts and Nebraska's Surrogacy Law, 41 Creighton L. Rev. 185 (2008).
- Gene Dodd, surrogacy and the the Law in Britain ; users perspectives, in Surrogate Motherhood ; International Perspectives 113 – Rachel Cook et al eds ., 2003
- Henry chu, wombs for Rent, cheap, L.A. Times, Apr.19, 2006,
- Hamilton .Boyd Mossman: Human Embryology. 4 th Edition Longman j Medical Embryology 1975
- Interview by Deborah Norville with Joan Lunden, Deborah Norville Tonight (MSNBC television board cast may,4,2004) available at http://www.msnbc. msn.com/id/5014340
- In re Baby M, 537 A. 2d 1227, 1234 (N.J.1988)
- In re Adoption of Paul, 550 N.Y.S.2d (N.Y. Fam. Ct. 1990). The New York court similarly held that a surrogacy contract would only be upheld if the surrogate agreed not to accept compensation because "compensation direct to the mother for her 'services' in carrying and giving birth to the child" was not permitted under the state's anti-baby-selling statute
- In re Adoption of Paul , 550 N.Y.S.2d 815,819 (N.Y.fam.Ct. 1990). Medical Law.- Ian kennedy and

Andrew Grubb- In re adoption of Sebastian, 879 N.Y.s. (N.Y.sur.ct. 2009)
- Islam and family planning /ahmed Elshrabasy ph.d/al-Ahar univirsty /alahram printing hose.
- Joseph schenker,legitimising surrogacy in Israel: Religious perspectives, in surrogate motherhood: international perspectives (Rachel Cook et al.eds.,2003)
- Jerald V. Hale, From Baby M to Jaycee B'.: Fathers, Mothers, and Children in the Brave New World, 24 J. Contemp L. 335, 369 (1998).
- Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).
- John A. Robinson, Gay and Lesbian Access to Assisted Reproductive Technology, 55 Case W. R (2004).
(Quoting Hill, What Does it means to be a 'parent'? The claims of Biology as the basics for parental rights, 66N.Y.U.L.Rev.353, 415(1991). jean louis and catherinc labrusse riou op.citp116 -the new origin's of life tine sept 10-1984
- Katherine Drabimk et ai., Ethics, Law, and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity, 35 J.L. Med. Ethics 300,301 (2007).
- katy Ruth Klinke, The Baby M Controversy: A Class Distinction, 18 Okla. City U.L. Rev. 113, 115 (1993) (giving several examples).
- Lorraine Ali & Raina Kelly, The Curious lives of Surrogates, Newsweek , Apr 7, 2008 at 47 available at http://www.newsweek.com/id/129594Marshall v. Curry, [1933] 3 D.L.R 260. -
Mason and McCall Smith, op.cit., 230., Skegg, op.cit, 102., Lewis
- Medical Law, lan kennedy and Andrew Grubb.

- Mahendra kumar Singh, New Laws to Rein in Womb Business, The Times of India Oct. 31 , 2007 http \\ timesofindia.
Indiatimes.com/articaleshow/2503791.cms(last visited jan 14,2009)
- Oprah.com, Wombs for Rent: Journey to Parenthood, http://www.oprah.com/slideshow/ world/ globalissues/ slideshow1 sshealth1009_284/5.
- Peter R. Brinsden, Clininal Aspects of IVF Surrogacy in Britain, in Surrogate Motherhood: International Perspectives 99, 100(Rachel Cook et al. eds., 2003).
- Polly Morrice, Children on Demand, N.Y.Times, Apr. 22/2007 at 7-16, available at http://www.nytimes. Com /2007/04/22/ books/review/Morrice.t.html
- Rhona schuz ,Surrogacy in Israel: An Analysis of the law in practice, in surrogate Motherhood: international perspectives (Rachel Cook et al.eds.,2003)
- Revised standard version ,catholic Edition ,Catholic Edition
- Reproductive Medicine Associates of New jersey, Treating infertility: Gestational surrogate http://www. rmanj.com/gestational carrier.html (last visited jan 23,2009)
- Radhika Rao, Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence, in Surrogate Motherhood: International Perspectives 23 (Rachel Cook et al. eds., 2003).
Surrogacy Arrangement, Act, 1985 -Stat laws (for more information please visit -www. Hrc . org or http:// allaboutsurrogoc.com/surrogacglaws.htm
- Surrogate Parenting Assocs. v. Commonwealth, 704 S.W.2d 209, 216 (Ky. 1986) (Wintersheimer, J.,

dissenting) David W. Meyers.The human body and the law -
- Ted Peters, Surrogate Motherhood: An Ethical Puzzle, in For the Love of Children: Genetic Technology and the Future of the Family 59-60 (Don R. Browning & Ian S. Evison ed., 1996).
- The court explained that "the first stated purpose of the previous adoption act... [is] to protect the child from unnecessary separation from his natural parents... While not so stated in the present adoption law, this purpose remains part of the public policy of this State.
- Thomas L. Friedman, The World Is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century (picador 2007) (2005).
- The Registration of dnaltocs 1965 tca segairra M Births deathsand, the Births and deaths Registration act 1953(u.k).
- Uday Mahurkar donating a Womb, India today, Sept. 13, 2007, at 56, available at http://Indiatoday.digitaltoday.in/index.php?option=com content&Itemid=1&task=view&id=1174&sectionid=25&issueid=12&page=archieve (last updated June 4, 2008).
- Vanessa S. Browne-Barbour, Bartering for Babies: Are Preconception Agreements in the Best Interests of Children?, 26whittier L.Rev.429,430,435-36 (2004).
- Warnnock Mary (chairman) Report of theCommittee of inquiry into human Fertilization and Embryology cmnd 9314) 1984 . HMSO-London.
- Worlds First Test-Tube Baby Is pregnant, Daily Mail , July 10, 2006 http://www.dailymail. co.uk/pages/ live/ articles/ news/news.html?In_article id=394894&in _page_ id=1770 (last visited Mar. 31, 2009).

❖ المراجع باللغة الفرنسية ❖

- Ahmed charaf El-Din : Droit de la transplantation d' organes, -Etude comparative،. Paris 1975.
- A Decocq Essai d. une therorie generale dez droits sur la personne . these paris 1960
- Aspects Juridiques de la maternite par substitution, (c) 1999, Comite Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la sante. Avis sur les problemes ethiques nes des techniques de reproduction artificielle. Rapport. 23 octobre 1984
- BYK C La recherché sur l' embryon humain –jcp ed. G 96,1 , 3949.et, L'embryon jurisprudentiel , Gsz.pal, 24\10\1997,.
- C. NEIRINCK, L' embryon humain , la question en apparence sans re ponse de la bioethique, petites Affiches 9 mars 1998.
- Comite,(C) 1999(1) Aspects Juridiques de la maternite par substitution consultatif national d'Ethique pour les sciences de la vie et de la sante.avis sur les problemes esthiques nes des techniques de reproduction artificielle.Rapport. 23 octobre 1984.
- Document de travail sur les problemes ethiques poses par le recours aux" meres de substitution" (c) 1999, Comite Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la sante
- Fagot –Largeaultet et Genevieve- Delaisi"Les droits de L' embryon (foetus) humain et la notion de personne humain potentielle ",Revue de metaphysique et de Morale, 1987 ,n3.-Geller (cacha) "Meres porteuses, oui ou non, 1991
- H. BYK: La loi relative au respect du corps humain, J.C.P, Ed. (1994)

- J.R Devich "les preuves scientifiques et le contentieux de la filiation" Rev. trim.dr.civ 1983.،
- Michele Harichaux "L'assurance et le maternite par substitution" RTDC. 1985.
- H enri Anrys ; Les Professions Medicales et Paromedicales Dans le Marche Commun
- Bruxelles، 1979 ، ، M.M.F . Heger ، Gilber et P.
- Huet – weillier (D) "le droit de filiation face aux nouveaux modes de procreation " Rev – de metaphysique de moral . 1987.
- Josserond le corps humaine dans la commerce juridique D. 1932
- M, Dekkers, le corps humain et le droit, travaux H. capitant 1975 T.xxvi.
- Mandelbaum –"Genertion epreuvette – P – M – A" 1991 Snawden Retmitchell. G.D. "la Famille Artificieile 1984 – Surrogacy Arrangement"L'enfant Esclave" 1987
- Maurice Torrelli, Le medecin et les droits del' homme 1983 -Rene Savatier Les problemes juridiques des trans plantations d'organes (1969).
- NEIRINCK L' embryon human ou la question en apparence 9 Mars 1998 ,petites AFFiches , re ponse de la bioethique.
- P. J. DOLL. panorama de la recente jurisrudence francaise concernant la responsabilite medicale enmatiere de chirurgie esthetique, Gaz. Pal. 24 oct. 1948;
- Rene Savatier Les problemes juridiques des trans plantations d'organes humains. J.C.P. Paris، (1969)
- Thierry Vansweevelt: La Responsabilite Civile du Medecin et de l'Hopital, 1996, Bruylant, Bruxelles,
- X – Avier Labbe, "L'insemination artificielle pratiquee après la mort du donneur", gaz. Pal, 1984.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: تلقيح بييضة الزوجة بمنى زوجها فى داخل أنبوب ثم أعادتها لرحم الزوجة "فسيولوجيا حمل طفل الأنبوب"	٩٢
الفرع الأول : حكم تلقيح بييضة الزوجة بمنى زوجها فى داخل أنبوب ثم أعادتها لرحم الزوجة	٩٧
أ- الرأى الاول: حرمة الإنجاب الصناعى مطلقا....................	٩٧
ب- الرأى الثانى :إباحة الإنجاب الصناعى بين الزوجين....................	١٠٠
ج- الشروط اللازمة لتوافر الضوابط الشرعية لإباحة الإنجاب الصناعى....................	١٠٣
الفرع الثاني : رأى فقهاء الشريعة الاسلامية القدامى فى الحكم على الإنجاب الصناعى	١٠٥
الفرع الثالث : موقف الشريعة المسيحية فى الإنجاب الصناعى بين الزوجين	١١١
المطلب الثانى: الإنجاب الصناعى بين غير الزوجين(الإستعانه بالواهب)	١١٢
أولاً : الإنجاب الصناعى عن طريق التبرع بالبيضة المؤنثة أو بمقابل	١١٢
ثانياً : الإنجاب الصناعى بين نطفة ذكرية لواهب لا يربطه بالمرأة رابطة زوجية	١١٣
الفرع الاول : التقييم القانوني لوضع الطفل الناتج من تلقيح نطفة ذكرية (واهب لا يربطة بالمرأة رابطة زوجية)	١١٥
أولاً: هل اتفاقيات ما قبل الحمل في مصلحة الأطفال؟	١١٥
ثانياً : المشاكل المترتبة على هذا النوع من الإنجاب	١١٦
الفرع الثانى: الموقف الفقهى والقضائي الفرنسي من الإنجاب الصناعى بين نطفة ذكرية لواهب لا يربطة بالمرأة رابطة زوج	١١٧
الفرع الثالث : موقف التشريعات المقارنة من الاستعانة بواهب فى الإنجاب لأحدى الزوجين	١٢٢
أولاً : التشريعات المقارنة المؤيدة لتبرع الغير بنطفة لمساعدة الزوجين......	١٢٢
ثانياً : التشريعات المقارنة المعارضة لتبرع الغير بنطفته لمساعدة الزوجين أو الصديقين	١٢٦

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني : الفقه الأسلامى القائل بحظر إستخدام الرحم.................	١٦٤
المبحث الثالث: موقف الفقه الإسلامي من إستخدام رحم الضرة...........	١٧٧
المبحث الرابع : ماهية المصلحة المرتبطة بإستخدام الرحم.....................	١٨٧
أولاً : هل المصلحة المترتبة على عملية التأجير من المصالح التى أعتبرها الشارع أم من المصالح التى الغاها أم من المصالح المرسلة التى سكت عنها الشارع ؟	١٨٧
١- المقصود بالمصالح التى أعتبرها الشارع...........................	١٨٨
٢- مدى تكييف المصالح والمفاسد المترتبه على ممارسة عمليات إستخدام الأرحام	١٨٩
٣- المصالح المترتبة على عملية إستخدام الرحم........................	١٨٩
٤- هل عمليات أستخدام الأرحام تتوافر فيه شروط المصلحة المرسلة	١٩٠
٥- المفاسد المترتبة على عملية إستخدام الأرحام........................	١٩٢
ثانياً : الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة على الإنجاب بوسيلة إستخدام الأرحام من وجهة نظرالباحث	١٩٣
١- هل تعد عملية إستخدام الأرحام مباحة بناء على نتائجها إذا تحققت المصلحة أم ينبغى أن تبحث كل حالة على حده ؟.......	١٩٤
٢- هل ننظر للمراة المستأجر رحمها فى جسدها بالكامل باعتبارها انسان أم لبضعها فقط كعضو فى هذا الجسد ؟..................	١٩٥
٣- ما مدى تحقق مصلحة الزوج على بضع أمراته وهل اقتصار حق التصرف فى الرحم على الأنثى فقط ؟ بمعنى هل يحق لأحد الزوجين تقاضى الآخر عند رفضه للأنجاب بطريقة إستخدام الأرحام ؟	١٩٦
المبحث الخامس: موقف الشريعة المسيحية من إستخدام الرحم...............	١٩٩
الفصل الثانى — موقف القانون الوضعى من إستخدام الرحم	٢٠٥
المبحث الاول: النظم القانونية المؤيدة لإستخدام الرحم	٢٠٩

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

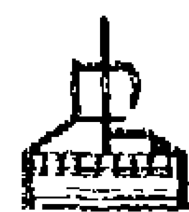
الموضوع	الصفحة
	٥٤٣

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

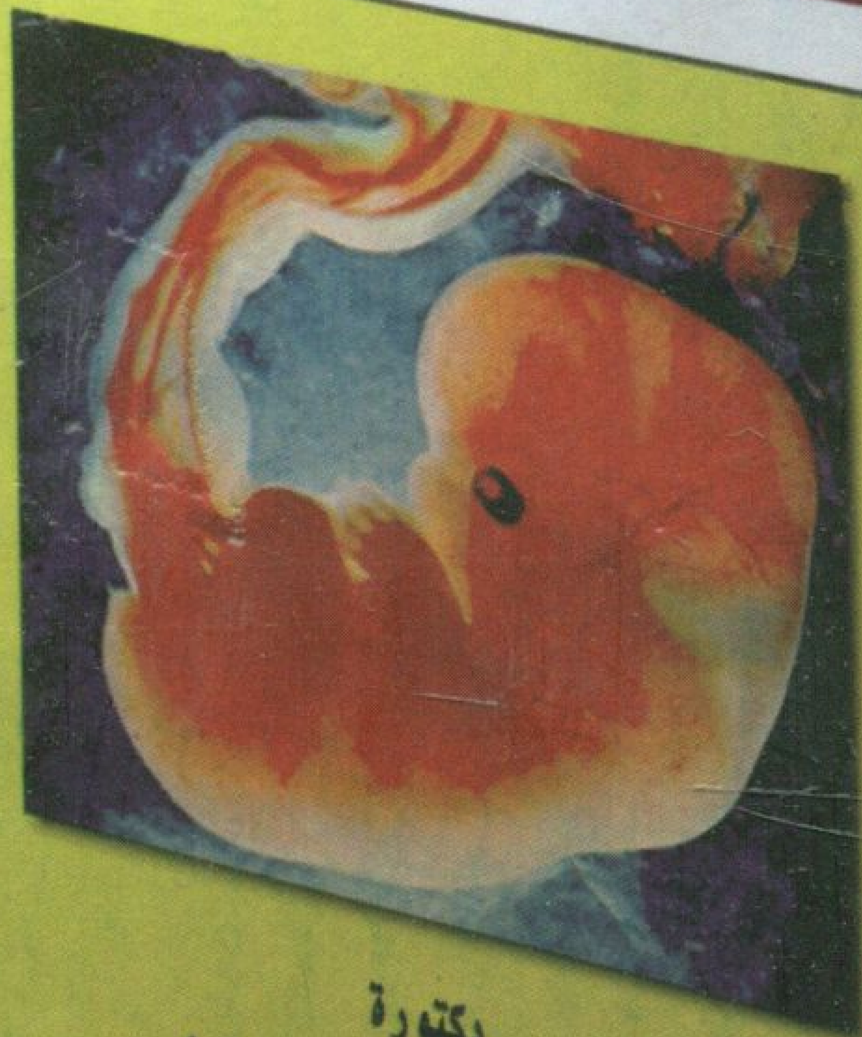
الموضوع	الصفحة

رقم الإيداع	٢٠١٢/٧٩١٦
الترقيم الدولى	I.S.B.N
978-977-328-950-3	


دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩
E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com info@darggalex.com

إيجار الرحم

دراسة مقارنة



دكتورة

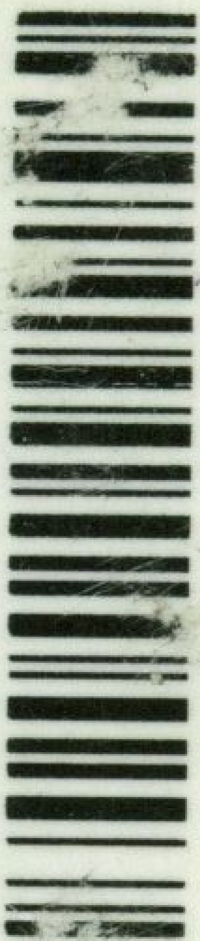
هيام اسماعيل السحماوى

دكتوراه في القانون والشريعة الاسلامية

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

دار الجامعة الجديدة

إيجار الرحم د/ هيام اسماعيل السحماوى دار الجامعة الجديدة




دار الجامعة الجديدة

٣٨-٤٠ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

Email.darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com